Die besonders schweren Fälle im neuen Strafrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Arthur Segitz
aus Fürth.

Approbiert am 6. Juli 1937

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1937

1937/310

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1
Geschichtliche Entwicklung 1
II. Begriff der besonderen Fälle 3
1. Im Gesetzestext 3
2. In der Rechtsprechung 4
3. Kritik und Reformvorschlag 12
a) In Bezug auf die Begriffsbestimmung 13
b) In Bezug auf deren gesetztechnische Einordnung . . 17
III. Die strafrechtliche Natur der besonders schweren Fälle . 19
1. Ausscheiden derjenigen Fälle, die keine andere Strafart androhen 19
2. Bedeutung der Einteilung für das materielle und formelle Recht 20
3. Darlegung der drei Theorien 21
a) Verbrechenstheorie 21
b) Vergehenstheorie 21
c) Gemischte Theorie 21
4. Kritik und Stellungnahme 22

Literaturverzeichnis.

Schäfer-Dohnany, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Tübingen 1936.

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl.

Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung, 19. Aufl.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. II.

Mezger, Strafrecht 2. Aufl.

Schwarz, Kurzkommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl.

Pfundtner-Neubert, Das neue Reichsrecht, IIc 6.

Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze, 5. Aufl. Bd. 2.

Schäfer-Richter-Schafheutle, Strafgesetznovelle.

Schäfer-Wagner-Schafheutle, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher, 1934.

Lehmann-Hirsch, VO. über Aktenrecht.

Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, VO. über Aktienrecht.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht 2. Aufl.

Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, allg. und bes. Teil, 1. und 2. Aufl. 1934/1936.

Frank, NS-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935.

Ritter, Die Schädigung des Volkswohls als besonders schwerer Fall, in Jur. Wochenschrift 1935/2930.

Goetze, Die bes. schw. Fälle und ihre Bedeutung im neuen Strafrecht, in Deutsche Justiz 1936/183.

Becker, Die bes. schw. Fälle des Strafrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in DJ. 1935/1188.

Spohr, Die bes. schw. Fälle im neuen Strafrecht, in DJ. 1034 S. 1051.

Schwinge, Anm. zu Nr. 18 der JW. 1935, 290.

Schaffstein, Anm. zu 17 der JW. 1934/2147.

Siegert, Anm. zu Nr. 14 der JW. 1935/1416.

Reichsgerichtsentscheidungen.

Einleitung.

Bei verschiedenen Strafbestimmungen ist neben dem gewöhnlichen Strafrahmen für den normierten Tatbestand eine härtere Bestrafung vorgesehen für den Fall, daß die Tat besonders schwerwiegend ist. Es ist dann jeweils hinter der Strafdrohung für den normalen Tatbestand der Satz eingefügt: „In besonders schweren Fällen ist die Strafe usw.....". Diese besonders schweren Fälle haben sich im Laufe der Zeit in den verschiedenen Gesetzentwürfen herausentwickelt. Im Anschluß an den Vorentwurf von 1909 und an die Entwürfe von 1913 und 1919 hat die Reichsratvorlage von 1925 in § 76 und ihr folgend der Entwurf von 1927 in § 77 eine Regelung der besonders schweren Fälle vorgesehen.

Praktische Anwendung fanden die besonders schweren Fälle zunächst in den strafrechtlichen Nebengesetzen, von welchen sie dann später in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen wurden. Zum erstenmal taucht der Begriff auf in der Wuchergerichtsverordnung vom 27. 11. 1919 (RGBl. 1909) Art. II §§ 2, 3 Abs. 1. Das Gesetz über Verschärfung der Strafen gegen Schleichhandel, Preistreiberei und verbotene Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände vom 18. 12. 1920 (RGBl. 2107), in der Fassung des Art. III § 6 Nr. 1 des Notgesetzes vom 24. 2. 1923 (RGBl. I 147) setzte die Entwicklung fort und so kamen die Gesetzesnormen, welche auf besonders schwere Fälle abstellen, allmählich immer mehr in Uebung.

Ebenfalls schärfere Strafdrohungen für besonders schwere Fälle brachten dann die Preistreibereiverordnung vom 13. 7. 1923 (RGBl. I 700) § 12 Abs. 2; § 1 Abs. 3 VO. gegen verbotene Ausfuhr lebenswichtiger Gegenstände

vom 13. 7. 1923 (RGBl. I 705); § 28 Abs. 2 VO. über Handelsbeschränkungen vom 13. 7. 1923 (RGBl. 706); § 7 Abs. 2 Rep. Sch. Ges. vom 21. 7. 1923 (RGBl. 585); § 1 Abs. 2 Rep. Sch. Ges. vom 25. 3. 1930 (RGBl. I 91). Weiter findet sich dieser Begriff in den Steueramnestieverordnungen vom 23. 8. 1931 (RGBl. I 449) § 8 und vom 19. 9. 1931 (RGBl. I 493), in der VO. über Devisenbewirtschaftung vom 23. 5. 1932 (RGBl. I 231) § 36, sowie in der VO. über Aktienrecht vom 19. 9. 1931 (RGBl. I 493) 1. Teil Art. IX Abs. 1.

Im Strafgesetzbuch selbst wurde der Begriff der besonders schweren Fälle eingeführt durch das Reichsgesetz über die Bestrafung des Zweikampfes vom 30. 4. 1926 in § 210 a StGB. a. F. und durch die Verordnung des Reichspräsidenten zur Erhaltung des inneren Friedens vom 19. 12. 1932 in § 49 b Abs. 2 StGB.

Wesentlich erweitert wurde die Zahl der auf besonders schwere Fälle abgestellten Strafnormen im Strafgesetzbuch und auf dem Gebiete des Nebenstrafrechts durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. 5. 1933 (RGBl. I 295). Vgl. StGB. §§ 223 b, 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 — §§ 81 a Abs. 2 Ges. betr. die G. m. b. H.; 95 Abs. 2 Börs. Ges.; 312 Abs. 3 HGB; 142 Abs. 3 Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen vom 6. 6. 1931 (RGBl. I 315); 53 Abs. 3 Vorl. Durchf. Best. z. VO. über die Errichtung der Deutschen Rentenbank vom 15. 10. 1923, vom 14. 11. 1923 (RGBl. I 1092; 146 Abs. 3 Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften; 23 Abs. 2 Satz 4 RVO.; 153 Abs. II Satz 4 Reichsknappschaftsges.; 268 Satz 4 Ges. über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung. Auch im Gesetz über Devisenbewirtschaftung vom 4. 2. 1935 (RGBl. I 106) § 42 und im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 (RGBl. I 45) § 22 werden besonders schwere Fälle härter bestraft.

II. Begriff der besonders schweren Fälle.

Darüber, wann nun ein solcher besonders schwerer Fall gegeben ist, gehen die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung sehr auseinander.

1. Das Gesetz selbst gibt keine Begriffsbestimmung, sondern stellt es in das Ermessen des Richters festzustellen, wann eine Tat besonders schwerwiegend ist. Jedoch gibt es bei den verschiedenen Strafbestimmungen einige Anhaltspunkte, unter welchen Voraussetzungen die Annahme eines besonders schweren Falles gerechtfertigt erscheint. So ist in den §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 StGB. 81 a Abs. 2 GmbH. Ges., 95 Abs. 2 Börs. Ges., 312 Abs. 3 HGB. 142 Abs. 3 Ges. über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen, 53 Abs. 3 vorl. Durchf. Best. zur VO über die Errichtung der Deutschen Rentenbank; 146 Abs. 3 Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 23 Abs. 2 Satz 4 RVO. 153 Abs. 2 Satz 4 Reichsknappschaftsgesetz, 268 Satz 4 Ges. über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung bestimmt, daß ein besonders schwerer Fall „insbesondere" dann vorliegt, „wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt oder der Täter besonders arglistig gehandelt hat". Die Preistreibereiverordnung vom 13. 7. 1923 sagt in § 12 Abs. 2: „Als besonders schwerer Fall ist es insbesondere anzusehen, wenn der Täter aus Habsucht die wirtschaftliche Notlage der Bevölkerung in besonders verwerflicher Weise ausbeutet oder wenn er aus Habsucht mit erheblichen Mengen von Gegenständen des täglichen Bedarfs Schleichhandel treibt" und die §§ 292, 293 StGB. nehmen einen besonders schweren Fall insbesondere dann an, „wenn die Tat zur Nachtzeit, in der Schonzeit, unter Anwendung von Schlingen oder in anderer nicht weidmännischer Weise oder von mehreren mit Schußwaffen ausgerüsteten Tätern gemein-

schaftlich bezw. unter Anwendung schädlicher oder explosiver Stoffe begangen wird". Abs. 3 des § 143a in der Fassung des Ges. zur Aenderung des Strafgesetzbuches vom 28. 6. 1935 hatte für die Wehrmittelbeschädigung folgende Bestimmung enthalten: „Hat der Täter eine Gemeingefahr herbeigeführt oder liegt sonst ein besonders schwerer Fall vor . . .".

Aus der Fassung dieser Bestimmungen geht eindeutig hervor, daß der Gesetzgeber die besonders schweren Fälle keineswegs erschöpfend aufzählen wollte, sondern daß er im Gegenteil nur andeuten wollte, in welcher Richtung die einzelnen Tatmomente verlaufen müßten, damit sie als besonders strafwürdig erscheinen.

Andererseits ist es klar, daß eine Tat stets als besonders schwerer Fall zu behandeln ist, wenn eine dieser jeweils aufgezählten Möglichkeiten zutrifft, wenn also der Täter besonders arglistig gehandelt oder die Tat das Wohl des Volkes geschädigt hat usw. Vgl. auch RG. 6 Sen. 8. 6. 1934, 4 D 489/34 in JW. 1934/2147 und RG. 5 Sen. 17. 1. 1935 5 D 550/34 in JW. 1935/1615 und insbesondere Anmerkung hierzu von Prof. Dr. K. Siegert.

2. Von den in den verschiedenen §§ aufgezählten Arten der besonders schweren Fälle ist es vor allem der Fall der Schädigung des Volkswohls, der die Praxis am häufigsten beschäftigt und ihr nicht selten Schwierigkeiten bereitet hat. Es handelt sich um die Frage, wann das Wohl des Volkes als geschädigt zu betrachten ist im Sinne dieser Vorschrift.

Das Reichsgericht hat in verschiedenen Entscheidungen folgenden Grundsatz herausgearbeitet: „Nicht jede Schädigung des Volksvermögens ist zugleich eine Schädigung des Wohles des Volkes. Die Schädigung muß das Volk als Ganzes oder doch eine nicht geringfügige Mehrzahl von Volksgenossen in dieser ihrer Eigenschaft als Volksgenossen fühlbar beeinträchtigen".[1])

1) Vgl. u. a. RG. 1. Sen. v. 1. 6. 34 in JW. 1934/2076 = DRZ. 1934 Beil. S. 562 Nr. 556; 1. Sen. vom 8. 6. 34 in JW. 1934/2147 = RGSt. 68/218 = DRZ. 1934 Beil. S. 495 Nr. 489; 5. Sen. v. 14. 9. 34

Dieser Ausgangspunkt wird auch von der h. L. gebilligt, jedoch gehen die Meinungen auseinander bei den daraus zu ziehenden Folgerungen. RG. 68/219 führt nämlich weiter aus, die Beeinträchtigung müsse „geeignet sein, sei es durch ihre vermögensrechtlichen Wirkungen für die Gesamtheit, sei es durch ihre andere Belange der Allgemeinheit nachteilig berührenden Wirkungen, eine Schädigung des Ansehens von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen, hervorzurufen". Hier setzt die Kritik von Schaffstein, Siegert und Schwinge mit Recht ein, denn es geht nicht an, die Wirtschaft vom Volkskörper auszuschließen. Das deutsche Volk ist ein Organismus, in dem jedes einzelne Glied seine Bedeutung und seinen Wert für die Gesamtheit besitzt. Jedes einzelne Glied ist ausgerichtet an der Gemeinschaft und hat ihr zu dienen. Auch die verschiedenen Wirtschaftskörper und Unternehmungen stellen solche Glieder dar, sind also Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen. Diesen weiten Begriff hat das Reichsgericht seinen Darlegungen offensichtlich nicht zugrunde gelegt, sonst müßte es im Endergebnis jeden Betrug und jede Untreue usw. für zuchthauswürdig erklären. Das macht es aber nicht, sondern es will unter diesen der Allgemeinheit dienenden Einrichtungen nur die öffentlichen und sonstigen gemeinnützigen Einrichtungen verstanden wissen. Damit gibt es eine liberale Denkweise kund, denn nur in einem liberalen Zeitalter war es möglich die Wirtschaft vom Staat zu trennen und für frei und nach eigenen Grundsätzen laufend zu erklären. Zu dieser Auffassung bekennt sich aber das Reichsgericht dadurch, daß es erklärt, das Wohl des Volkes werde nur beeinträchtigt, wenn das Ansehen öffentlicher oder gemein-

in JW. 1935/290; 3. Sen. v. 8. 11. 34 in JW. 1935/204; 5. Sen. v. 17. 1. 1935 in JW. 1935/1415; 1. Sen. v. 11. 12. 34 in JW. 1935/204/944; 1. Sen. v. 3. 5. 35 1 D 203/35 unveröffentlicht; 2. Sen. v. 17. 6. 35 2 D 426/35 in JW. 1935/2964; 5. Sen. v. 17. 6. 35 5 D 390/35 in JW. 1935/2964; 3. Sen. v. 20. 6. 35 3 D 371/35 unveröffentlicht; 5. Sen. v. 27. 6. 35 5 D 455/35 unveröffentlicht; 5. Sen. v. 11. 7. 35 5 D 485/35 in JW. 1935/2965; 4. Sen. v. 30. 7. 35 4 D 655/35 unveröffentlicht und JW. 1935/2054.

nütziger Einrichtungen geschädigt wird, während eine ungesunde Finanzgebahrung der Wirtschaftsunternehmungen und sogar deren Zusammenbruch für das Wohl des Volkes unbedeutend sei. Siegert sagt hierzu[2]): „Der formale Gedanke der öffentlichen Einrichtungen siegt hier über den Schutz des Volksganzen".

Becker[3]) glaubt für diese Auffassung des Reichsgerichts eine Lanze brechen zu müssen: „Gegen diese Formulierung des Reichsgerichts ist eingewendet worden, daß sie die alte liberale Unterscheidung von Gemeinwirtschaft und Privatwirtschaft beibehielte. Wollte man aber auch in einer strafbaren Beeinträchtigung eines Privatbetriebes eine Schädigung des Volkswohles sehen, so käme man schließlich dazu, in nahezu allen Fällen ein volksschädigendes Verhalten festzustellen; denn im Endergebnis bedeutet jede Schädigung der nationalen Privatwirtschaft auch eine Verletzung der Volksinteressen. Der Gesetzgeber hat offenbar nur an die gemeinnützigen Einrichtungen gedacht, die ihm besonders schützenswert erschienen. Wenn durch die Straftat die Privatwirtschaft beeinträchtigt worden ist, kann immer noch ein besonders schwerer Fall gegeben sein, nämlich unter der Voraussetzung, daß ein besonders schwerer Schaden entstanden ist".

Es ist ein schwacher Trost, daß auch bei Beeinträchtigung eines Privatbetriebes ein besonders schwerer Fall vorliegen kann, wenn ein besonders großer Schaden entstanden ist. Im ersten Augenblick mag vielleicht der Standpunkt Beckers den Anschein erwecken, als würde er der nationalsozialistischen Forderung nach verschärften Strafrahmen auch für Vermögensdelikte gegenüber der „Privatwirtschaft" gerecht werden. Das ist aber keineswegs der Fall. Von den zwei Begriffen: „Volkswohlschädigung" und „besonders großer Schaden" ist letzterer der Oberbegriff. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß der Schaden stets besonders groß ist, wenn das Wohl des Volkes ge-

2) In JW. 1935/1416, Anm. zu Nr. 14.

3) In DJ. 1935/1188, „Die Bes.Schw.F. in d. Rspr. d. RG.".

schädigt wurde. Dies folgt aus der Fassung: „... wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder einen anderen besonders großen Schaden zur Folge gehabt . . . . hat." Dadurch ist zum Ausdruck gebracht, daß der nationalsozialistischen Volksauffassung entsprechend erster Maßstab für die besondere Strafwürdigkeit einer Tat die Volksgemeinschaft ist und erst dann, wenn diese eine erhöhte Strafe nicht erheischt, zu prüfen ist, ob nicht die Tat wegen des besonders großen Schadens, den sie einem Einzelnen verursacht hat, zu einem besonders schweren Fall wird. Normalerweise stellt die Verursachung eines jeden besonders hohen Schadens auch gleichzeitig eine Schädigung des Volkswohls dar. Es werden daher durch das Erfordernis der Volkswohlschädigung regelmäßig alle Straftaten erfaßt, für die der gewöhnliche Strafrahmen eine gerechte Sühne nicht ermöglichen würde. Da es aber auch noch denkbar ist, daß ausnahmsweise trotz Vorliegens eines sehr großen Schadens das Volkswohl nicht als geschädigt im Sinne der strafschärfenden Vorschrift bezeichnet werden kann, gleichwohl aber die Interessen des Geschädigten so stark verletzt sind, daß der gewöhnliche Strafrahmen keinen Ausgleich zu schaffen in der Lage wäre, hat der Gesetzgeber den Zusatz „oder einen anderen besonders großen Schaden" gemacht, gewissermaßen als ein Sieb, das jedes Auskneifen aus dem Netz der Strafschärfungen verhindert. Der Ausgangs- und Richtungspunkt ist also ein ganz anderer, als ihn Becker angenommen hat. Es kann nicht genügen, daß Becker in den meisten Fällen zu dem gleichen Ergebnis kommt, als wenn die hier vertretene Auslegung eingehalten wird, sondern es ist notwendig, daß durch Auslegung und Anwendung des Gesetzes im nationalsozialistischen Geiste in jedem Falle auf dem richtigen Weg das gewünschte Ziel erreicht wird.

Wenn man so zu dem Ergebnis kommt, daß die Formulierung des Reichsgerichts in Bezug auf die Wirtschaftsunternehmungen zu eng gefaßt ist, so drängt sich hier die Frage auf, ob denn nach der anderen Richtung

jede Beeinträchtigung, die geeignet ist eine Schädigung des Ansehens von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen, hervorzurufen, als Schädigung des Volkswohls im Sinne der strafschärfenden Vorschriften betrachtet werden kann. Die Frage an sich ist zunächst zu bejahen, denn wenn durch irgend eine strafbare Handlung nach § 263 oder § 266 StGB. das Ansehen z. B. der NS-Volkswohlfahrt oder des Winterhilfswerks geschädigt ist, kann man wohl auch das Wohl des Volkes als geschädigt bezeichnen. Diesen Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht und die h. L. im wesentlichen ein. Es fragt sich jedoch, wann eine Beeinträchtigung geeignet ist das Ansehen solcher Einrichtungen zu schädigen.

Das Reichsgericht stellt sich auf den Standpunkt, daß jeder materielle oder ideelle Schaden und sei er noch so klein, der solchen Einrichtungen von innen oder außen zugefügt wird, ausreiche, um das Vorliegen eines besonders schweren Falles anzunehmen[4]). Diese Auffassung des Reichsgerichts ist insbesondere aus der Entscheidung 68/219 zu entnehmen. Dort wirft das Reichsgericht auf Seite 219 unten die Frage auf, wann das Volkswohl als geschädigt zu betrachten ist und untersucht diese Frage in einem besonderen Abschnitt. Dabei stellt es zunächst fest, daß das Volk als Ganzes betroffen sein müsse und daß die Beeinträchtigung geeignet sein müsse das Ansehen von gewissen Einrichtungen zu schädigen. Hier erwartet nun der Leser, daß er auch erfährt, welche Beeinträchtigung geeignet ist dies zu tun. Das Reichsgericht fährt im gleichen Abschnitt fort: die Schädigung braucht nicht besonders groß zu sein, denn der Gesetzgeber geht davon aus, daß der Schaden stets besonders groß ist, wenn das Wohl des Volkes geschädigt wird. Dabei übersieht es, daß der Schaden, welcher der gemeinnützigen Einrichtung zugefügt wird, nicht gleich bedeutend sein kann mit der „Schädigung des Volkswohls". Es verfällt also folgendem Gedankenfehler: Bei der Untersu-

4) In JW. 1935/1416.

chung, wann eine Volkswohlschädigung vorliegt, legt es eine Vorfrage aus mit dem Ausgangspunkt des Gesetzgebers und damit gleichzeitig mit dem Wort, dessen Inhalt durch die Untersuchung erst ermittelt werden soll.

Wollte man den Satz in der angeführten Entscheidung 68/219: „Die Schädigung braucht nicht besonders groß zu sein, denn der Gesetzgeber geht davon aus usw. . . .“ nicht in dem hier gedeuteten Sinne auslegen, dann wäre als Ergebnis festzustellen, daß das Reichsgericht auf die Hauptfrage, wegen der die betreffende Entscheidung überhaupt erst veranlaßt war, keine Antwort gegeben hätte. Es wäre dort, wo der Leser auf die Entscheidung über den Kernpunkt des Problems wartet, eine Lücke. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der zit. Entscheidung und auf die Behandlung der aufgeworfenen Frage in einem besonderen Absatz ist der fragliche Satz in der oben dargelegten Richtung aufzufassen.

Der dort eingeschlagene Weg ist also falsch und es muß demgegenüber festgestellt werden: Es ist richtig, daß das Wohl des Volkes nur geschädigt ist, wenn durch die Tat das Volk als Ganzes oder doch eine nicht geringfügige Mehrzahl von Volksgenossen in dieser ihrer Eigenschaft als Volksgenossen fühlbar beeinträchtigt worden ist. Weiter ist richtig, daß u. a. das Wohl des Volkes geschädigt ist, wenn durch die Beeinträchtigung das Ansehen von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen, geschädigt ist oder geschädigt werden konnte. Aber es ist falsch, daß jeder noch so kleine materielle Schaden der diesen Einrichtungen vor allem von außen zugefügt wird auch das Ansehen dieser Einrichtungen schädigen muß. Das Ansehen z. B. einer Ortskrankenkasse wird nicht geschädigt, wenn sich einmal ein Kassenmitglied durch falsche Angaben einige Mark Krankengeld erschwindelt. Kein Amtsträger oder sonst zu besonderer Treue Verpflichteter!). Das Reichsgericht führt hierzu aus in einem Fall, in dem der Angeklagte erwirkte, daß er 12,40 RM. Krankengeld zu viel ausbezahlt erhielt: „Wer sich durch Vorspiegelung der eigenen Krankheit Bezüge aus der

Krankenkasse beschafft, entzieht nicht nur der Kasse Mittel, die sonst den anderen wirklich bedürftigen Versicherten zugute gekommen wären; er gefährdet auch schwer das ordnungsmäßige Arbeiten der sozialen Versicherungen. Insbesondere liegt die Gefahr nahe, daß sein schlechtes Beispiel Schule macht und auch andere gewissenlose Menschen zu Betrügereien gegen die Ortskrankenkasse verführt“ [5]).

Zu diesen Ausführungen erübrigt sich jeder Kommentar. Siegert [6]) faßt seine Kritik zu dieser Entscheidung zusammen in den Satz: „Man sollte nicht mit Kanonen nach Spatzen schießen“.

Diese hier aufgezeigte Linie aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist durchaus nicht konsequent eingehalten worden. Viele Entscheidungen weichen in mehr oder weniger Punkten davon ab. Insbesondere hat das Reichsgericht später das Erfordernis der Schädigung von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen nicht mehr aufgestellt [7]). Ausdrücklich läßt diese Frage der 1. Sen. in seinem Urteil v. 3. 5. 35 (1 D 303/35 unveröffentlicht) dahingestellt und der 5. Sen. betont in seinem Urteil v. 17. 6. 35 5 D 390/35 in JW. 1935/294, daß eine Untreue gegenüber dem Vermögen der NSKOV. zwar das Wohl des Volkes schädigen könne, es aber nicht brauche und er verlangt eine Untersuchung, ob und in welchem Maße das Ansehen der NSDAP., der Wehrgedanke oder die Opferwilligkeit gelitten habe. In einer anderen Entscheidung kommt das Reichsgericht (68/353) zu dem Ergebnis: „Nicht jede Schädigung des Vermögens einer für das Wohl des Volkes gebildeten Organisation wie der NSV. ist eine Schädigung des Wohls des Volkes selbst“ und führt weiter aus, es müsse festgestellt werden, „ob die Tat die Folgen gehabt hat, daß auch nur ein einziger Volksgenosse eine geringere Hilfe erhalten hat, als ihm ohne die Tat zuteil geworden wäre“.

---

5) JW. 1935/1416 5. Sen. v. 17. 1, 1935 5 D 550/34.

6) In JW. 1935/1416.

7) Vgl. Siegert a.a.O.

Auf weitere Abweichungen von dieser Linie, sowie auf die sich an die einzelnen Entscheidungen anschließenden Kritiken z. B. von Schaffstein, Schwinge und Siegert[8]) wird hier aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht weiter eingegangen. Jedoch sei noch auf folgendes hingewiesen: Ritter[9]) behauptet, man habe der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Unrecht materialistische Einstellung vorgeworfen: „Sie wäre es nur, wenn sie dem Volkswohl einen materialistischen Vermögensbegriff zugrund legte, was aber nicht der Fall ist". Er verweist dann auf seine Auffassung vom Volksvermögen und unterschiebt diese dem Reichsgericht: „Da aber das Volksvermögen das Haben und Können der Volksgemeinschaft in seiner Gesamtheit ist, so gehören dazu nicht nur Sachen, sondern auch Kräfte und Möglichkeiten, insbesondere das Ansehen des Volkes und das Vertrauen zu den für den Bestand des Volkes lebenswichtigen Organisationen (NSV., Wohlfahrtsamt, Bewegung, Staat), aber auch die Treue der Amtsträger und Volksgenossen". Er schließt also in den Vermögensbegriff die materielle und die ideelle Seite ein und macht demgemäß bei seiner Abhandlung über die Art des Schadens keine Unterteilung in materiellen und ideellen Schaden. Ganz anders das Reichsgericht. Es legt in verschiedenen Entscheidungen (RG. 68, 218, 353) seine Ansicht dar, inwieweit ein Vermögensschaden[10]) geeignet ist, das Wohl des Volkes zu beeinträchtigen und läßt demgegenüber die Entstehung eines ideellen Schadens genügen. Damit zeigt es aber, daß es eben nicht den Vermögensbegriff des Ritter vertritt. Im Gegenteil! Das Reichsgericht geht an die Wertausfüllung eines Begriffes, den erst der Nationalsozialismus als Richtlinie aufgestellt hat, mit formaljuristischen, dem liberalen Zeitalter eigen-

---

8) In JW. 1934/2147; 1935/290, 1416.

9) In JW. 1935/2930.

10) Unter „Vermögenschaden" wird hier nicht der deliktsbegründende Vermögenschaden z. B. des § 263 StGB. verstanden, sondern der, allerdings meist damit identische Schaden, welcher dem Wohl des Volkes zugefügt wird.

tümlichen Gedanken heran. Bei den besonders schweren Fällen, die schon vor dem Jahre 1933 in den verschiedenen Gesetzesbestimmungen enthalten waren, konnte diese Auslegung dem Sinn des damaligen Gesetzgebers gerecht werden, weil auch die Gesetzgebung selber nur nach formaljuristischen Gesichtspunkten ausgerichtet war. Aber die von einem nationalsozialistischen Gesetzgeber aufgestellten Begriffe können auch nur wieder mit nationalsozialistischem Gedankengut ausgefüllt werden.

3. Dieses eine Beispiel eines besonders schweren Falles beweist, daß trotz der anscheinend einheitlichen Entwicklungslinie der besonders schweren Fälle, wie sie in der Einleitung chronologisch dargestellt wurde, diejenigen seit dem Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26. 5. 1933 nicht die bloße Fortsetzung solcher schon längst bekannter Strafnormen darstellen, sondern daß sie etwas Neues, der nationalsozialistischen Gesetzgebung Eigentümliches sind. Die Strafschärfungen für besonders schwere Fälle wurden nicht nur sehr stark vermehrt, sondern der Begriff der besonders schweren Fälle wurde mit ganz anderen Werten ausgefüllt als es vorher der Fall war. Genauso wie die typisch nationalsozialistischen Gesetze, wie das Reichserbhofgesetz u. a., einen ganz anderen Geist erkennen lassen, wie ähnliche Gesetzeswerke der liberalen Zeit, unterscheiden sich diese neuhinzugefügten Strafschärfungsbestimmungen von den vorher bekannten. Liest man das gegenwärtig geltende Recht durch, dann springen einem die durch die nationalsozialistische Gesetzgebung eingefügten Stellen, einschließlich dieser besonders schweren Fälle sofort in die Augen. Mit Recht sagt Ritter: „Diese Aenderungen werden zeitlich eine der frühesten Einbruchstellen der neuen Volksgemeinschaftshaltung bleiben, die im öffentlichen Bereich nicht mehr lediglich Verstöße gegen den Staat oder die öffentliche Ordnung erfaßt, sondern wertbetont das Volk in den Vordergrund schiebt.“ [11])

11) In Jw. 1935/2930.

a) Es ist daher bei der Auslegung bezw. bei der Wertausfüllung des Begriffes der besonders schweren Fälle stets auszugehen von der nationalsozialistischen Rechtsauffassung. Das Recht ist nicht um seiner selbst willen da, sondern zum Schutze der Volksgemeinschaft. Das Volk aber ist ein Organismus, der nicht in die Zwangsjacke irgendwelcher ziffermäßiger formelhafter Definition zu bringen ist. Volk ist Leben und wenn eine Rechtsordnung diesem Leben gerecht werden will, dann muß sie sich ihm so gut wie irgend möglich anpassen. Ich sage so gut wie möglich, weil selbstverständlich nicht alle Variationen natürlichen Geschehens im Gesetz festgelegt werden können. Deshalb läßt auch der Gesetzgeber, der dieser Erkenntnis Rechnung tragen will, demjenigen, der unmittelbar im Leben die Rechtsordnung aufrechterhalten und wenn sie gestört ist, wiederherstellen soll, einen entsprechend freien Spielraum, um der Eigenart des einzelnen Falles gerecht werden zu können. Es ist dies ein grundlegender Unterschied zwischen der nationalsozialistischen Gesetzgebung und derjenigen des liberalen Zeitalters, daß dem Richter bei der Anwendung des Rechts auf den praktischen Einzelfall nicht mehr die Hände gebunden sind durch formaljuristische Begriffsbestimmungen. Es ist nicht mehr so, daß ein Volksschädling deshalb unbestraft oder viel zu milde bestraft bleiben kann, weil er oder sein Verteidiger es versteht die Tat so hinzustellen, daß nicht ganz genau alle Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Norm erfüllt sind.

Wenn nun aber der Gesetzgeber des dritten Reiches dem Richter diese Ermessensfreiheit läßt, dann darf letzterer doch auf keinen Fall diese Gesetzesreform dadurch unwirksam machen, daß er sich bei der Wertausfüllung der ihm gegebenen Rahmenvorschriften eben wieder dieselben Bindungen auferlegt, die der Gesetzgeber beseitigen wollte. Freilich darf auf der anderen Seite nicht die Gewissenhaftigkeit der richterlichen Arbeit leiden, unter dem Gefühl der Ungebundenheit. Es muß sich im Gegenteil jeder, der in Ausübung staatlicher Macht das Recht zur An-

wendung bringt, seiner Verantwortung sowohl der Volksgemeinschaft als auch dem einzelnen Beteiligten gegenüber voll bewußt sein und er muß genauestens prüfen, ob die festgestellten Tatsachen nach gesundem Volksempfinden im Verhältnis zu den gewöhnlichen Begehungsarten und Umständen eine besondere Strafwürdigkeit begründen. Es ist durchaus nicht notwendig und wie schon erwähnt auch nicht dem Geiste des Nationalsozialismus entsprechend, daß man bei der Wertausfüllung des Begriffes der besonders schweren Fälle durch Aufstellung jeweils eines weiteren „typischen Merkmals" allmählich eine Art Schimmel-Entscheidung herausentwickelt, die man dann gewissermaßen als Schema für alle besonders schweren Fälle benützen und hinter die man sich dann auch als traditionell verschanzen kann. Wenn das der Gesetzgeber gewollt hätte, dann würde er dies selbst gemacht haben durch Aufstellung einzelner Merkmale. Dadurch wäre aber an dem formal-juristischen Charakter des Rechts nichts geändert worden und die Novellen hätten tatsächlich nichts anderes als eine bloße Fortsetzung dessen bedeutet, was eigentlich durch den Nationalsozialismus bekämpft wurde und noch bekämpft wird.

Nach alledem ist zusammenzufassen, daß bei der Feststellung, ob ein besonders schwerer Fall gegeben ist, keinesfalls allgemeine Erwägungen, eine Tat sei typischerweise als besonders schwerer Fall zu werten, maßgebend sein dürfen. Wenn zwei das Gleiche tun, so ist es doch nicht das Gleiche. Wenden wir diesen Erfahrungsgrundsatz hier an, so erkennen wir, daß es sehr wohl möglich ist, daß zwei verschiedene Täter rein formalrechtlich die gleichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht haben und daß trotzdem die Tat des einen strafwürdiger erscheinen kann als die des anderen. Um dieser Tatsache gerecht werden zu können hat der Gesetzgeber dem Richter anheimgegeben, in jedem einzelnen Fall unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt oder nicht und der Richter hat sich dieser ihm gestellten Aufgabe in voller Verantwortlichkeit zu unterziehen.

Er hat zu prüfen, ob die Tat vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus — unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Angeklagten und dessen Stellung innerhalb der Volksgemeinschaft d. h. der besonderen Pflichtverbundenheit, sowie der Natur und Größe des angerichteten Schadens und der davon betroffenen Stelle — wegen der ihr zugrunde liegenden besonderen Intensität verbrecherischen Willens und verwerflicher Gesinnung und wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung sich von der gewöhnlichen Begehungsart des entsprechenden Delikts soweit abhebt, daß der normale Strafrahmen eine gerechte Sühne nicht mehr ermöglicht.

Diese Begriffsbestimmung findet sich im geltenden Recht nicht, vielmehr ist es dort unter Hervorhebung einiger Beispiele der Praxis überlassen, den Begriff der besonders schweren Fälle auszulegen. Es fragt sich nun, ob diese Lösung besonders glücklich ist oder ob es besser wäre eine umfassende Klarstellung des Begriffes im Gesetztext zu bringen. Aus obigen Darlegungen geht hervor, daß einerseits die derzeitige Regelung der Frage zu verschiedentlich sehr fragwürdigen Ergebnissen geführt hat, daß insbesondere der vom nationalsozialistischen Gesetzgeber zum Zwecke der Gesetzanwendung im nationalsozialistischen Sinn gegebene Begriff der besonders schweren Fälle wegen seiner Unbestimmtheit mit Gedanken ausgefüllt wurde, die den gleichen Geist atmen, wie das abzuändernde Gesetz, daß also mit anderen Worten die Novelle in vielen Fällen nicht zum gewünschten Ergebnis führte. Andererseits haben wir gesehen, daß eine normative Begriffsbestimmung nicht allen Variationen des täglichen Lebens gerecht werden könnte und so wiederum der Erfolg zum großen Teil versagt bliebe. Deshalb erachte ich es für notwendig im Gesetzestext den Begriff der besonders schweren Fälle so zu definieren, daß der Richter bei der Auslegung auf die Fälle festgelegt wird, die den Gesetzgeber erwogen haben eine solche Vorschrift zu erlassen, daß ihm aber trotzdem soviel Bewegungsfreiheit bleibt um alle nur denkbaren Erscheinungsformen zu erfassen. Diesem Erfordernis scheint mir die obige Be-

griffsbestimmung zu genügen und zwar für alle bisher im Strafgesetzbuch vorgesehenen besonders schweren Fälle.[12])

Inwieweit das kommende Strafrecht der oben aufgestellten Forderung Rechnung tragen wird, kann z. Zt. noch nicht klar festgestellt werden. Nachdem die Pr. Denkschrift auf S. 121 folgende Formulierung aufstellte: „Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn die Tat aus einem besonders starken verbrecherischen Willen oder aus frevelhaftem Leichtsinn hervorgegangen oder wenn das Volkswohl schuldhaft schwer geschädigt ist", hat die Strafrechtskommission bei der ersten Lesung in Anlehnung an die Strafrechtsnovelle vom 26. 5. 1933 zwei Fälle besonders hervorgehoben: Einmal den Fall der besonderen Intensität des verbrecherischen Willens, sodann den Fall, daß die Tat das Wohl des Volkes schwer geschädigt oder gefährdet hat und der Täter hiemit gerechnet hat oder rechnen mußte.

In der zweiten Lesung hat die Kommission aufgegeben, die Voraussetzungen des besonders schweren Falles besonders zu umschreiben. Insbesondere schien der Fall der Schädigung des Volkswohls der Kommission bei nochmaliger Prüfung als zu wenig bestimmt, um dem Richter eine wirklich brauchbare Handhabe für die Anwendung des besonders schweren Falles zu bieten.

Richter knüpft hieran[13]) die Hoffnung, daß auch nach der zweiten Lesung des allgemeinen Teils noch offen sei ob bei den besonderen Tatbeständen eine Strafschärfung für besonders schwere Fälle im einzelnen beispielhaft zu nennen ist. Er erachtet es für besonders angebracht „bei den Verbrechen der Vermögensbewegung" den Richter jedenfalls auf die Schädigung des Volkswohls hinzuweisen. Dafür führt er zwei Gründe an: Einmal, weil in einer nationalsozialistischen Rechtsordnung „jede Rechts-

12) §§ 263, 266: Schädigung des Volkswohls; besonders großer Schaden; besonders arglistiges Handeln des Täters.

§§ 292, 293: Handeln zur Nacht- oder Schonzeit, Anwendung von Schlingen, mehrere mit Schußwaffen ausgerüstete Täter.

13) In JW. 1935/2930.

beziehung, auch und gerade soweit sie kriminell beachtlich wird, unter dem Dachtatbestand des Schutzes der Volksgemeinschaft bedeutungsvoll werden kann“ und zweitens „um die Revisibilität der Urteile mindestens in dem bisherigen Umfange und damit die Rechtseinheit zu sichern“. Dazu ist zu sagen, daß es zwar richtig ist, daß jede Rechtsbeziehung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Volksgemeinschaft bedeutungsvoll werden kann, daß aber von jedem, der ein Richteramt inne hat, erwartet werden kann, daß er sich dessen bewußt ist und daß er als richtunggebenden Faktor für alle Rechtsanwendung in erster Linie die Volksgemeinschaft erkennt. Im übrigen stehe auch ich auf dem Standpunkt, daß bei der Begriffsbestimmung der besonders schweren Fälle ein Hinweis auf den Ausgangs- und Richtungspunkt — Volksgemeinschaft — von Vorteil ist und habe dies in meiner Definition auch zum Ausdruck gebracht. Der zweite Grund, den Ritter für die Aufrechterhaltung des Merkmals der Volkswohlschädigung anführt, kann nicht gebilligt werden denn wenn wir schon die Formulierung einer Norm als nicht ausreichend erkennen um damit alle unter diesem Gesichtspunkt in erhöhtem Maße strafwürdigen Fälle zu erfassen, dann halten wir sie auch nicht aufrecht lediglich im Interesse der Rechtseinheit bzw. der Fortsetzung der bisherigen als falsch erkannten Linie. Auch die Frage der Revisibilität kann, ganz abgesehen davon, daß diese nicht davon abhängt, ob das den besonders schweren Fall begründenden Merkmal ausdrücklich aufgezählt ist oder nicht[14]), bei der Gestaltung eines lebensnahen nationalsozialistischen Rechts nicht geeignet sein, einmal als richtig erkannte Grundsätze wieder umzustoßen.

b) Nach all diesen Betrachtungen komme ich zu dem

---

14) Die Frage ob ein bes. schw. F. vorliegt, ist zugleich auch eine Rechtsfrage. Für die im Gesetz aufgezählten Fälle steht dies außer Zweifel und wird auch vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung so gehandhabt. Wie sich aus obigen Darlegungen ergibt, kann ein bes. schw. F. nur dann gegeben sein, wenn sich die Tat von der gewöhnlichen Begehungsart des entsprechenden Delikts so-

Ergebnis, daß eine Begriffsbestimmung ähnlich der oben von mir formulierten in den Text aufzunehmen unumgänglich ist. Für die Einordnung dieser Definition in das Gesetz gibt es drei Möglichkeiten:

aa) Jede Gesetzesnorm im besonderen Teil, die besonders schwere Fälle berücksichtigt, gibt gleichzeitig Aufschluß darüber, was jeweils unter diesen besonders schweren Fällen zu verstehen ist und wie sich die Strafe bei ihrem Vorliegen verändert.

bb) Im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches wird eine Generaldefinition des Begriffes aufgestellt. Die Straffolgen dagegen werden im besonderen Teil geregelt und eine eventuelle Besonderheit oder Abweichung kenntlich gemacht.

cc) Die Voraussetzungen werden im allgemeinen Teil für alle besonders schweren Fälle aufgestellt; gleichzeitig wird ein entsprechend höherer Strafrahmen allgemein festgesetzt.

Gegen letztere Lösung spricht die Erwägung, daß nicht bei jedem Delikt ein besonders schwerer Fall hervorgehoben zu werden braucht, der über den allgemeinen Strafrahmen hinaus mit Strafe bedroht werden müßte. Becker[15]) sagt hierzu: „Abgesehen von der technischen Schwierigkeit, daß die Straffolgen im allgemeinen Teil nicht für alle Fälle festgestellt werden könnten, erscheint weiterhin beachtenswert, daß eine allgemeine Vorschrift im Strafgesetz vielleicht nicht die Beachtung seitens der Richter finden würde, wie ein besonderer Hinweis bei den in Frage kommenden Einzeltatbeständen."

Das geltende Recht hat im Prinzip die erste Lösung gewählt, während sich der Entwurf 1927 für die zweite entschieden hatte. Auch die Pr. Denkschrift schlägt vor

weit abhebt, daß der normale Strafrahmen eine gerechte Sühne nicht mehr ermöglicht. Der Richter muß deshalb im einzelnen Fall die Tatsachen feststellen, welche die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigen. Ob diese vom Erstrichter festgestellten Tatsachen zur Begründung eines schweren Falles ausreichen, ist eine von der Revision nachzuprüfende Rechtsfrage.

15) In DJ, 1935/1191.

die Begriffsbestimmung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches zu setzen. In der ersten Lesung der Strafrechtskommission des Reichsjustizministers hatte man die Entscheidung darüber, ob die besonders schweren Fälle zu einem allgemeinen, in seinen gesetzlichen Folgen ganz oder doch hauptsächlich einheitlich geregelten Strafschärfungsgrund erhoben werden sollen, bis zur Beratung des besonderen Teils offen gehalten. In der zweiten Lesung hat die Ministerialkommission beschlossen, nur bei einzelnen Tatbeständen zu regeln, ob und wie sich in besonders schweren Fällen Art und Maß der ordentlichen Strafe ändern sollen.

Meinen Darlegungen über den Begriff der besonders schweren Fälle entspricht die zweite Lösung. Wenn die Definition so gefaßt ist, daß sie allen Fällen gerecht werden kann, dann wäre es eine unnütze Wiederholerei, bei jeder in Frage kommenden Strafbestimmung dieselbe Formulierung wiederzubringen. Vielmehr ist hier das einzig Richtige, im allgemeinen Teil unter den Bestimmungen über die Schuld oder an sonst geeigneter Stelle einen Paragraphen des Inhalts einzufügen: „Ein besonders schwerer Fall im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn die Tat vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus — unter Berücksichtigung der Persönlichkeit usw . . . ". Bei den jeweiligen Einzelbestimmungen heißt es dann lediglich so wie jetzt im geltenden Recht § 223b Abs. 2: „in besonders schweren Fällen ist die Strafe . . . oder . . . tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu . .".

III. Die strafrechtliche Natur der besonders schweren Fälle.

1. Nach § 1 StGB. ist für die Einteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen maßgebend mit welcher Strafart: Zuchthaus (Tod) Gefängnis (Geldstrafe), oder Haft (Geldstrafe bis zu 150 RM.) sie bedroht sind. Da nun verschiedene Strafbestimmungen, die nach dieser Einteilung an sich Vergehen sind, in be-

sonders schweren Fällen Zuchthaus androhen, erhebt sich die Frage, ob dadurch der Deliktscharakter geändert wird. Naturgemäß scheiden bei dieser Betrachtung alle diejenigen Fälle aus, in denen die Strafdrohung für besonders schwere Fälle innerhalb der gleichen Strafart verläuft, wie die für die normale Begehungsart, also vom geltenden StGB. die §§ 90a Abs. 5, 90h Abs. 2, 292 Abs. 2, 293 Abs. 2, 315 Abs. 1. Demgegenüber werden von der Fragestellung ergriffen die §§ 139 Abs. 2 141 Abs. 3, 141a Abs. 3, 143a Abs. 4 223b Abs. 2, 263 Abs. 4, 266 Abs. 2, 292 Abs. 3, 315 Abs. 2.

2. Die Frage nach dem Deliktscharakter dieser besonders schweren Fälle ist nicht lediglich problematischer Natur, sondern ist in verschiedener Hinsicht für das materielle und formelle Recht von Bedeutung. So ist eine Ersatzgeldstrafe nach § 27b StGB. nur zulässig bei Vergehen und Uebertretungen, nicht bei Verbrechen. Der Versuch eines Vergehens wird nur bestraft, wenn es ausdrücklich bestimmt ist (§ 43 Abs. 2 StGB.), während der Versuch eines Verbrechens immer bestraft wird[16]). Nach § 49a StGB. ist das Auffordern und Erbieten zu einem Verbrechen, sowie die Annahme einer solchen Aufforderung und Erbietens als Sonderdelikt unter Strafe gestellt, während bei Vergehen dieser § nicht anwendbar ist. Die Strafverfolgungsverjährung für Verbrechen ist eine andere als für Vergehen (§ 67 StGB.). Für die Idealkonkurrenz (§ 73 StGB.) ist es wichtig, ob die in besonders schweren Fällen angedrohte Strafe für die Feststellung der schwersten Strafart maßgebend ist oder nicht. Ein Landzwang nach § 126 StGB. kann nur durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens verübt werden. (Ein normalerweise mit Gefängnis, in besonders schweren Fällen aber mit Zuchthaus bedrohtes gemeingefährliches Delikt ist z. B. die Gefährdung eines Straßenbahnbetriebes nach § 315 Abs. 2 StGB. Wenn nun jemand dieses Delikt androht, so kommt es auf die strafrechtliche Natur des-

16) Praktisch wird dies in den §§ 223b Abs 2, 292 Abs. 3, 266 Abs. 2 und 315 Abs. 2 StGB.

selben an, wenn über die Anwendbarkeit des § 126 entschieden werden soll). Wer einen anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht wird nach § 241 StGB. wegen Bedrohung bestraft.

Auch für die Frage der Zuständigkeit gewinnt der Deliktscharakter Bedeutung (§§ 24—26 GVG. mit 209, 270 StPO.). Ferner ist diese Frage wichtig für die Zulässigkeit der Untersuchungshaft (§ 112 Abs. 2 StPO.). Ebenso spielt es für § 265 StPO. eine Rolle, ob die Annahme eines besonders schweren Falles nach der Eröffnung des Hauptverfahrens als Veränderung des strafrechtlichen Gesichtspunkts, auf den besonders hinzuweisen wäre, zu werten ist oder nicht. Nach § 140 Abs. 3 StPO. ist die Verbrechenseigenschaft maßgebend für die bedingte Notwendigkeit der Verteidigung. Vgl. ferner § 266.

3. Ueber die Frage selbst, welchen Einfluß die Strafschärfung für besonders schwere Fälle auf die Einreihung der Tat in die Deliktsarten des § 1 StGB. hat, gibt es drei verschiedene Meinungen:

a) Weil überhaupt die Möglichkeit besteht auf Zuchthaus zu erkennen, ist die Tat stets ein Verbrechen, ganz gleichgültig, ob im konkreten Einzelfall ein besonders schwerer Fall vorliegt oder nicht.
b) Die strafrechtliche Natur der Handlung wird durch die Androhung von Zuchthausstrafe für besonders schwere Fälle nicht geändert; die Tat ist auch dann ein Vergehen, wenn tatsächlich ein besonders schwerer Fall vorliegt und der Täter Zuchthausstrafe verwirklicht hat.
c) Die Tat ist regelmäßig ein Vergehen und nur, wenn im Einzelfall durch Vorliegen eines besonders schweren Falles Zuchthausstrafe verhängt wird, Verbrechen.

Der Einfachheit halber will ich im Folgenden die drei Ansichten bezeichnen mit Verbrechenstheorie (a), Vergehenstheorie (b), und gemischter Theorie (c).

IV. Kritik und Stellungnahme.

zu a): Die Verbrechenstheorie.

Sie wurde vom zweiten Strafsenat des Reichsgerichts für den Tatbestand des § 7 Abs. 2 Rep. Sch. Ges. vom 21. 7. 1922 für die Frage vertreten, ob die für besonders schwere Fälle vorgesehene Zuchthausstrafe für alle Zuwiderhandlungen gegen die betreffende Gesetzesbestimmung bei der nach § 73 StGB. nötigen Vergleichung der Strafdrohungen der zusammentreffenden Strafgesetze zu berücksichtigen sei. Es wird dort ausgeführt [17]): „§ 7 Abs. 2 des Rep. Sch. Ges. gebietet dem Richter, in jedem Fall der Anklage aus dessen § 7 zu prüfen, ob nach den besonderen Umständen Zuchthausstrafe geboten ist, wie bei der Aburteilung aller Straftaten, für die das Gesetz einen besonderen Strafrahmen beim Vorliegen mildernder Umstände vorsieht, zu erwägen ist, ob solche vorhanden sind. Ob aber in der gerade zur Entscheidung stehenden Sache strafmildernde oder strafschärfende Umstände vorliegen, ist ohne Bedeutung für die Frage, welches Gesetz die schwerste Strafe im Sinn des § 73 StGB. androht..... Ausschlaggebend ist, daß das Gesetz ganz allgemein die Möglichkeit gibt, für Verbrechen oder Vergehen der fraglichen Art jene verschärfte Strafe zu verhängen; diese ist für sie „angedroht" im Sinne des § 73 StGB. und bietet in jedem Falle den ersten und ordentlichen Vergleichsmaßstab bei Bestimmung der schwersten für die zusammentreffenden Straftaten angedrohten Strafe. Unzulässig wäre es, je nachdem ein schwerer Fall vorliegt oder nicht, den strengeren oder den ordentlichen Strafrahmen mit der für die andere Straftat angedrohten Strafe zu vergleichen."

In der Wissenschaft ist diese Ansicht vertreten von Gerland [18]) für die besonders schweren Fälle der Preistreiberei und von Lehmann-Hirsch [19]) für die besonders schweren Fälle der aktienrechtlichen Untreue. Gerland sagt:

17) In RGSt. 59/214.

18) Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht 2. Aufl. S. 90 A 4.

19) Lehmann-Hirsch, VO. ü. Aktienrecht Art. IX Abs. 1 A 4.

„Da der konkrete Strafrahmen über den Charakter der Tat entscheidet, so ergibt sich, daß Erweiterungen eines Strafrahmens im Falle allgemeiner oder benannter Strafmilderungsgründe nichts an der Eigenschaft der Tat als Verbrechen usw. ändern. Dies trifft z. B. zu bei der infolge Vorliegens mildernder Umstände gewährten Erweiterung des Strafrahmens und zwar auch dann, wenn ein sogenannter benannter mildernder Umstand vorliegt . . . . . In den neueren Strafgesetzen treten uns unbenannte allgemeine Strafschärfungsgründe entgegen. So droht § 12 der Preistreiberei VO. vom 13. 7. 23 Preistreiberei mit Gefängnis und mit Geldstrafe über 150 RM. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus und Geldstrafe mit erhöhtem Minimalbetrag. Die schwerste Strafmöglichkeit entscheidet. Infolgedessen stellt jede Preistreiberei ein Verbrechen dar. Würde man anders entscheiden, so müßte man auch in den bei mildernden Umständen zugelassenen Strafrahmen nicht Erweiterungen bestehender Strafrahmen, sondern selbständige Strafrahmen erblicken".

Lehmann-Hirsch begründet seine Ansicht nicht weiter, er behauptet lediglich, daß die Tatbestände der §§ 312—314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. durch die Neuerung zu Verbrechen im Sinne des § 1 StGB. werden und daß demnach die Strafverfolgungsverjährung zehn Jahre betrage (§ 67 StGB.), der Versuch strafbar sei und § 49a StGB. zur Anwendung kommen könne.

Dieser Standpunkt ist nicht zu billigen. Das Reichsgericht hält ihn auch selbst nicht aufrecht und beurteilt die oben zitierte Entscheidung in RGSt. 60/116 wie folgt: Es kann dahingestellt bleiben, ob die in dieser Entscheidung enthaltene Auslegung des § 73 StGB. zutreffend ist, denn jedenfalls folgt aus ihr keineswegs mit Notwendigkeit, daß eine an erster Stelle mit einer Vergehensstrafe bedrohte strafbare Handlung dadurch, daß für besonders schwere Fälle Zuchthausstrafe angedroht ist, schlechthin, also auch dann, wenn ein besonders schwe-

rer Fall nicht vorliegt, als Verbrechen zu beurteilen ist". Damit rückt das Reichsgericht erheblich in den Bereich der gemischten Theorie, die es aber in den übrigen Entscheidungen ebenfalls entschieden ablehnt, sodaß das Reichsgericht praktisch nicht als Vertreter einer dieser beiden Theorien betrachtet werden kann. Diese beiden angeführten Entscheidungen fallen lediglich etwas aus dem sonst strikte eingehaltenen Rahmen.

Die Verbrechenstheorie ist aus zwei Gründen abzulehnen:

aa) Aus einem gesetzestechnischen.

Hätte der Gesetzgeber diesen Standpunkt vertreten, dann hätte er bei allen Vorschriften mit besonders schweren Fällen den Absatz über die Strafbarkeit des Versuchs wegfallen lassen müssen, denn nach § 43 StGB. ist der Versuch eines Verbrechens immer strafbar und nur bei Vergehen wird die Strafbarkeit des Versuchs besonders bestimmt (§ 43 Abs. 2 STGB.). Die §§ 141, 141a, 143a und 263 StGB. enthalten aber alle die besondere Strafbarkeitserklärung für den Versuch, obwohl für besonders schwere Fälle Zuchthausstrafe angedroht ist.

bb) Aus einem psychologischen.

Die Einteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen ist nicht nur aus rein gesetzestechnischen Gründen geschehen, sondern sie charakterisiert auch die Tatbestände nach dem Grad verbrecherischer Gesinnung, die zu ihrer Verwirklichung notwendig ist. Der Gesetzgeber hat durch die Androhung verschiedener Strafarten, die in ihrer Wirkung auf den Betroffenen sehr verschieden sind, deutlich hervorgehoben, daß die Straftaten in subjektiver Hinsicht verschieden zu werten sind. Man spricht auch von einem „Verbrecher" in der Regel nur dann, wenn er eine Straftat begangen hat, die auf einen sehr starken verbrecherischen Willen und eine starke asoziale Haltung zurückzuführen ist. Das sind eben die Fälle, die mit Zuchthaus oder mit dem Tode bedroht sind. Wenn nun z. B. A den B durch Vorspiegelung irgendeiner Tatsache veranlaßt, ihn 20 RM. zu leihen, dann wird

doch kein vernünftiger Mensch sagen, daß der A ein „Verbrechen“ begangen hat, lediglich weil der § 263 StGB. für besonders schwere Fälle Zuchthausstrafe vorsieht. Der A gehört genau in die gleiche Täterkategorie wie derjenige, der eine Sache unterschlägt oder stiehlt (§ 242 StGB.), er hat eben ein „Vergehen“ begangen.

Die Gründe, die Gerland für seine Auffassung darlegt, können auch nicht durchdringen. Er meint, weil die schwerste Strafmöglichkeit entscheidet, deshalb ist jede Preistreiberei ein Verbrechen. Das ist ein Trugschluß. Für eine normale Preistreiberei ist die schwerste Strafmöglichkeit nicht Zuchthaus, sondern nach wie vor Gefängnis. Erst wenn zu dem normalen Tatbestand Umstände hinzukommen, die einen besonders starken verbrecherischen Willen erkennen lassen, liegt eine mit Zuchthaus bedrohte Preistreiberei vor. Der Richter kann nicht einfach das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der Preistreiberei nachprüfen und dann feststellen: ich erachte diese Tat als besonders strafwürdig, sondern er muß außerdem alle jene Tatsachen feststellen, auf die sich die Annahme des besonders schweren Falles stützt. Erst wenn die normalen Tatbestandsmerkmale der Preistreiberei erfüllt sind und zusätzlich noch Tatsachen vorliegen, welche die Tat vom Standpunkt der Volksgemeinschaft aus — unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters und dessen Stellung innerhalb der Volksgemeinschaft d. h. der besonderen Pflichtverbundenheit, sowie der Natur und Größe des angerichteten Schadens und der davon betroffenen Stelle — wegen der ihr zugrunde liegenden besonderen Intensität verbrecherischen Willens und verwerflicher Gesinnung und wegen der besonderen Umstände ihrer Begehung sich von der gewöhnlichen Begehungsart der Preistreiberei soweit abhebt, daß der normale Strafrahmen eine gerechte Sühne nicht mehr ermöglicht, liegt eine mit Zuchthaus bedrohte Preistreiberei vor. Soweit eine Handlung diese zusätzlichen Tatsachen nicht aufweist, fällt sie nicht unter die besondere Strafbestimmung, ist also auch nicht mit Zuchfhaus bedroht.

Es ist dies genau so wie bei Rückfallverbrechen. Der Diebstahl ist z. B. zunächst mit Gefängnis bedroht. Wird jemand dieser Tat beschuldigt, dann prüft der Richter, ob sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB. erfüllt sind. Erweist sich außerdem noch, daß derselbe Täter schon zweimal wegen desselben Delikts vorbestraft ist, dann erst fällt die Tat unter die besondere Strafbestimmung des § 244 StGB., der Zuchthausstrafe androht. Es sind hier genau so wie oben zusätzlich zum normalen Tatbestand noch weitere Tatsachen festzustellen, welche auf eine besonders starke verbrecherische Gesinnung schließen lassen, für die der normale Strafrahmen keine gerechte Sühne mehr ermöglicht. Es wird aber deswegen keinem Menschen einfallen zu sagen: weil der einfache Diebstahl unter Umständen auch mit Zuchthaus bestraft werden kann, ist für den einfachen Diebstahl schlechthin Zuchthaus die „schwerste Strafmöglichkeit", welche für die Einreihung der Tat unter die drei Begriffe: Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen maßgebend ist.

Auch der Hinweis Gerlands darauf, daß die besonders schweren Fälle ebenso wie die mildernden Umstände als Erweiterungen der bestehenden Strafrahmen aufzufassen sind, vermag die Verbrechenstheorie nicht zu halten. Durch die Vorschriften über die besonders schweren Fälle wird nicht der Strafrahmen erweitert in dem Sinn, daß das Ermessen des Richters einen Spielraum hat z. B. bei der Körperverletzung nach § 223 b StGB. zwischen Gefängnis nicht unter drei Monaten und Zuchthaus bis zu fünf Jahren, sondern diese Vorschriften schränken das Ermessen des Richters ein: Der Richter hat nämlich in jedem Fall einer Körperverletzung nach § 223 b StGB. die Pflicht zu prüfen, ob, wie das Reichsgericht in der schon zitierten Entscheidung 59/214 zutreffend ausführt, solche strafschärfende Umstände vorliegen, d. h. er muß zusätzlich zum Tatbestand der betreffenden strafbaren Handlung die einzelnen Tatsachen feststellen, welche die Annahme dieser besonderen Umstände rechtfertigen. Das ist eine rein tatsächliche Untersuchung genauso wie die Ermittlung

der Tatbestandsmerkmale des Grunddelikts. Kommt nun der Richter auf Grund dieses tatsächlichen Erforschungsergebnisses zu dem Schluß, daß ein besonders schwerer Fall im Sinne des Gesetzes vorliegt, dann ist er auch im Strafrahmen an diese Feststellung gebunden und es ist undenkbar, daß z. B. trotz der Erkenntnis, daß in concreto eine Veruntreuung einiger tausend RM. NSV — oder Winterhilfswerkgelder durch einen Amtsträger einen besonders schweren Fall nach § 266 Abs. 2 StGB. darstellt, bei der Strafzumessung mit mildernden Umständen operiert wird und als Ergebnis doch eine Gefängnisstrafe herauskommt. Der Gesetzgeber hat dies auch zum Ausdruck gebracht durch die Formulierung der Strafdrohung mit den Worten: In besonders schweren Fällen tritt an die Stelle der Gefängnisstrafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren" oder „In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus . . . ." Der Strafrahmen dieser Vorschriften ist also nicht erweitert, sondern es ist ein neuer Strafrahmen gebildet und beide Strafrahmen z. B. bei der Untreue Gefängnis und Geldstrafe einerseits, Zuchthaus bis zu zehn Jahren andererseits schließen einander aus.

Liegen außer den zum normalen Tatbestand gehörenden Merkmalen keine zusätzlichen, die Annahme eines besonders schweren Falles begründenden Tatsachen vor, so ist die Tat eine mit Gefängnis und Geldstrafe bedrohte Handlung, also ein Vergehen im Sinne des § 1 StGB.

zu (b): **Die Vergehenstheorie.**

Sie wird mit wenigen, unter a bereits erwähnten Ausnahmen vom Reichsgericht vertreten. Es behauptet hierzu [20]), daß mit den besonders schweren Fällen kein neues Tatbestandsmerkmal, nicht der Tatbestand eines selbständigen Verbrechens (oder einer erschwerten Begehungsart des Vergehens) aufgestellt, sondern, wie auch sonst, wo das Strafgesetz für „schwere", „schwerere„ minder schwere" oder „leichtere Fälle" einen eigenen Strafrahmen vorsieht (z. B. §§ 90 Abs. 2, 94. 96 StGB; §§ 58

20) In RGSt. 59/214, 217.

Abs. 2, 80 Abs. 2, 114 Abs. 1 u. 2, 132, 142 MStGB. § 2 Abs. 2 u. 3 EGMStGB.) und nicht anders als bei Zulassung mildernder Umstände nur Strafänderungsgründe gegen und allgemeine Bestimmungen für die Strafzumessung getroffen würden, die das freie Ermessen des Strafrichters einschränken:

„Die Vorschrift, in besonders schweren Fällen auf eine härtere Strafe außerhalb des gewöhnlichen Strafrahmens zu erkennen, ist ebenso wie die Zulassung mildernder Umstände nur eine für die Strafzumessung gegebene Regel, die nicht die Schuldfrage berührt“ [21]).

Auch in der Entscheidung III 3 D 135/33 [22]) hat das Reichsgericht nochmals eindeutig erklärt, daß auch die mit Zuchthaus bedrohten besonders schweren Fälle Vergehen sind. Zur Begründung seines Standpunktes hat das Reichsgericht in RGSt 69/49 ff. folgendes ausgeführt:

„Nach der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 1 StGB. ist für die Frage, wie eine Tat in die Einteilung des § 1 StGB. einzuordnen ist, ausschließlich von dem ordentlichen Strafrahmen auszugehen.

Ob für den Fall, daß „mildernde Umstände“ vorhanden sind oder für „leichtere Fälle“ (z. B. nach §§ 94, 96 StGB. früherer Fassung) ein milderer Strafrahmen vorgesehen ist, ist dafür belanglos (RGRspr. 8, 571 und ständige Rspr.). Ebenso ist es ohne Bedeutung, ob „der allgemeine Strafmilderungsgrund der „Jugend“ (§ 9 JGG.) im einzelnen Fall gegeben ist oder ob ein milderer Strafrahmen deshalb anzuwenden ist, weil nur Versuch oder Beihilfe vorliegt. Desgleichen sind auch die in den §§ 157, 158 StGB. für das Verbrechen des Meineids vorgesehenen Strafmilderungsgründe ohne Einfluß auf die Verbrechensnatur der Tat.

„Entsprechend diesem zu § 1 StGB. entwickelten Grundsätzen müssen für die Frage nach der Verbrechenseigenschaft einer Straftat

21) RGSt. 69, 164 in DJ. 1935/684 = JW. 1935/1937.

22) Abgedruckt in HRR. 1933 Nr. 1282.

auch die — in der neueren Gesetzgebung auftretenden Vorschriften ausscheiden, die für besonders schwere Fälle einen erhöhten Strafrahmen festsetzen.

„Für diese Meinung spricht schließlich auch ihr Ergebnis. Es wird nicht immer so sein, . . . daß sich schon bei der Anklage übersehen läßt, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt und daß in dieser Frage die wesentlich vom Ermessen abhängt. die Auffassungen der Anklagebehörde, des Eröffnungsrichters und des erkennenden Gerichts übereinstimmen. Es wird vorkommen, daß die Frage, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, erst in der Hauptverhandlung auftaucht. Dann müßte bei Zugrundelegung der zweiten der drei oben angeführten Auslegungsmöglichkeiten (gemischte Theorie) u. U. die Verteidigerbestellung und damit die ganzen bis dahin geführten Verhandlungen nachgeholt, möglicherweise sogar — wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage beim Schöffengericht erhoben hatte — die Sache gemäß § 270 „StPO. an die Strafkammer verwiesen werden, die dann vielleicht in der Frage, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, wieder anderer Meinung als das Schöffengericht sein wird. Ist umgekehrt bei der Eröffnung des Hauptverfahrens ein besonders schwerer Fall angenommen worden, das erkennende Gericht aber zu einer anderen Auffassung gelangt, so sind die besonderen Maßnahmen, die das Gesetz für Verbrechen vorsieht, unnötig angewendet worden.

„Von derartigen Unsicherheiten muß das Strafverfahren nach Möglichkeit freigehalten werden. Dem Bedürfnis der Rechtspflege nach zweifelsfreier Gestaltung der Zuständigkeitsvorschriften und der damit zusammenhängenden Bestimmungen über die Notwendigkeit der Verteidigung entspricht am besten die hier vertretene Auslegung des Verbrechensbegriffes, die jede Unsicherheit dadurch ausschaltet, daß sie ausschließlich den ordentlichen Strafrahmen für die Einteilung

der Straftatbestände in die drei Gruppen des § 1 StGB. zugrunde legt. Anders ist die Frage der Einreihung in die drei Gruppen des § 1 StGB. zu beurteilen, wenn der Gesetzgeber einen besonderen, von dem gewöhnlichen abweichenden (erhöhten oder gemilderten) Strafrahmen für den Fall zur Verfügung stellt, daß bei einer Straftat, die an sich die Merkmale eines bestimmten Tatbestandes erfüllt, weitere besondere Tatbestandsmerkmale nachweisbar sind. Bei solchen aus dem allgemeinen Tatbestand herausgehobenen Sondertatbeständen ist nach einhelliger Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft die Frage nach der Einreihung der Straftat in die Einteilung des § 1 aufgrund der für den besonderen Teil gegebenen Strafdrohung zu beantworten.

„Derartige Sondertatbestände liegen aber hier nicht vor. Allerdings spricht das Strafgesetzbuch in § 263 Abs. 4 Satz 2 aus, ein besonders schwerer Fall liege „insbesondere" vor, wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt oder ... der Täter besonders arglistig gehandelt habe — und Eröffnungsbeschluß und angefochtenes Urteil haben im gegenwärtigen Fall übereinstimmend gerade das Vorliegen dieser beiden Umstände angenommen. Mit der besonderen Hervorhebung dieser Umstände hat der Gesetzgeber aber keine Sondertatbestände des Betrugs für diese Fälle aufstellen, sondern nur den Begriff des besonders schweren Falles erläutern, besondere „Strafbestimmungsgründe" schaffen wollen. Ein Betrug wird daher nicht deshalb zum Verbrechen, weil einer dieser beiden Umstände vorliegt und aus diesem Grund der erhöhte Strafrahmen des § 263 Abs. 4 StGB. Platz greift".

Im Schrifttum wird diese Auffassung vertreten von Lobe im Leipziger Kommentar 5. Aufl. Anm. 7 zu § 1; Niethammer bei Olshausen 11. Aufl. § 1 N. 7; Schwarz Kurzkommentar zum StGB. 2. Aufl. § 1 Anm. 1 D; Hartung bei Löwe-Rosenberg StPO. 19. Aufl. § 24 GVG. Anm. 3 h β; v. Hippel, Deutsches Strafrecht Bd. II S. 96 N. 7;

Kiesow-Zweigert § 7 Anm. A III; Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, VO. über Aktienrecht 378 ff; Mezger, Strafrecht 2. Aufl. § 12 IV 1 a.

Lobe sagt[23]):

„Da unter Handlung im Sinn von § 1 nicht die (konkrete) Handlung des Einzelfalles, die die Straftat verwirklicht, zu verstehen ist, sondern der als Verbotsinhalt vom Gesetzgeber normierte Tatbestand, der die bedrohte Straftat als abgezogenen Begriff ausmacht, so kommt auch nur die Strafe in Betracht, die auf einen solchen Tatbestand angedroht ist . . . . Hiernach bleiben außer Betracht alle Strafmilderungs- und Minderungsgründe . . . . Ebenso sind die besonders schweren Fälle . . . mit ihren Strafen nicht geeignet, die Art der Tat anders zu qualifizieren. . . . Dagegen kommen in Betracht alle Strafmilderungs- und Erhöhungsgründe, die vom Gesetzgeber als Tatbestandsmerkmale für einen vom gewöhnlichen abweichenden Tatbestand der Straftat verwendet worden ist, derart, daß mit ihnen eine neue Straftat mit besonderer Strafdrohung gebildet worden ist. Zuweilen hat der Gesetzgeber hiezu auch höchstpersönliche, nur in der Person des Täters im Einzelfall vorliegende Merkmale benutzt, wie Rückfall, Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit, ferner § 181 Nr. 2 § 216, § 221 Abs. 2, § 313 Abs. 2 u. a."

Niethammer führt aus[24]):

„Nach den Motiven ist als Kriterium nur diejenige Straftat und dasjenige Strafmaß angenommen, mit welchen die einzelnen Handlungen in ihrem schwersten Fall bestraft werden.

a) Hiernach sind notwendig die sogenannten mildernden Umstände einflußlos.

b) Soweit aber selbständige Unterarten strafbarer Tatbestände durch Einschaltung bestimmter Tatbestandsmerkmale mit strafmildernder oder strafschärfender

23) In Leipziger Komm. 5. Aufl. Anm. 7 zu § 1.

24) Bei Olshausen 11. Aufl. § 1 Nr. 7c.

Wirkung gebildet sind (§§ 216, 313 Abs. 2, 224, 227 Abs. 2 340 Abs. 2) entscheiden die für den Fall des Vorliegens dieser Merkmale festgesetzten Strafdrohungen über die Einteilung. Dies trifft auch für Rückfall zu.

c) Ist dagegen in Strafgesetzen ohne Einschaltung bestimmter Tatbestandsmerkmale für besonders schwere Fälle verschärfte Strafe angedroht, so ist doch nur die angedrohte ordentliche Strafe maßgebend dafür, ob die Tat Vergehen oder Verbrechen ist."

Hartung[25]) beruft sich auf § 11 Abs. 3 Entw.:

„Ob eine Tat ein Verbrechen oder ein Vergehen ist, richtet sich nach der ordentlichen Strafe, ohne Rücksicht auf die im allgemeinen Teil vorgesehenen Strafmilderungen und auf die Strafschärfungen in besonders schweren Fällen . . ."

und sagt hiezu:

„Dafür, daß diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, läßt sich auch die Regelung anführen, die die Fälle des § 53 MStGB. in § 24 Nr. 3 a GVG. gefunden haben."

Bei der Auseinandersetzung mit diesen Auffassungen muß vorweg darauf hingewiesen werden, was schon bei der Abhandlung über den Begriff der besonders schweren Fälle erwähnt wurde, daß die Entwicklung der besonders schweren Fälle seit ihrem ersten Auftauchen keine einheitliche war, daß vielmehr Ziel- und Ausgangspunkt in den beiden Entwicklungsabschnitten vor und nach der nationalsozialistischen Revolution verschieden waren. Dementsprechend stellen auch bei der Frage nach der strafrechtlichen Natur der besonders schweren Fälle die Literatur und Rechtsprechung zu den besonders schweren Fällen der vornationalsozialistischen Gesetzgebung nicht den unbedingten autoritären Auslegungsstab, sondern nur Anhaltspunkte und Diskussionsgrundlage dar.

Das Reichsgericht und ebenfalls die erwähnten Vertreter des Schrifttums berufen sich auf die ständige Recht-

25) Bei Löwe-Rosenberg StPO. 19. Aufl. § 24 GVG. A. 3h β.

sprechung zu § 1 StGB. nach welcher für die Frage, wie eine Tat in die Einteilung des § 1 einzuordnen ist, ausschließlich von dem ordentlichen Strafrahmen auszugehen sei. Bei den besonders schweren Fällen, die hier zur Debatte stehen, handelt es sich um dem Nationalsozialismus eigentümliche Strafbestimmungen, um die „ersten Einbruchstellen nationalsozialistischen Denkens in das Strafrecht". Der Nationalsozialismus steht aber in schroffen Gegensatz zu der „Weltanschauung", die er abgelöst hat, d. h. aus der die Rechtsprechung zu § 1 hervorgegangen ist. Deshalb muß — bevor diese nationalsozialistischen Gesetze nach „bereits entwickelten Grundsätzen" ausgelegt und über ihre strafrechtliche Natur entschieden wird — geprüft werden, ob nicht gerade diese „entwickelten Grundsätze" spezifisch liberalistische Prägung tragen, d. h. mit nationalsozialistischem Denken unvereinbar und daher als Auslegungsmaßstab abzulehnen sind.

Es ist nicht so, daß im dritten Reich zwar Gesetze, die dem nationalsozialistischen Geist gerecht werden, erlassen werden, ihre Auslegung jedoch „in Interesse der Rechtseinheit" nach bereits bestehenden, d. h. in der Regel liberalistischen, formaljuristischen Gesichtspunkten zu geschehen hat, sondern grundsätzlich ist das gesamte geltende Recht und naturgemäß in erster Linie die Gesetze des dritten Reiches im Geist des Nationalsozialismus auszulegen. Aus diesem Grund hat auch Art. 2 des Gesetzes zur Aenderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG. vom 28. 6. 35 (RGBl. I 845) angeordnet:

„Das Reichsgericht als höchster deutscher Gerichtshof ist berufen, darauf hinzuwirken, daß bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird. Damit es diese Aufgabe ungehindert durch die Rücksichtnahme auf aus einer anderen Lebens- und Rechtsanschauung erwachsene Rechtsprechung der Vergangenheit erfüllen kann, wird folgendes bestimmt:

Bei der Entscheidung über eine Rechtsfrage kann

das Reichsgericht von einer Entscheidung abweichen die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist".

Wenn wir nun daraufhin die zu § 1 StGB. entwickelten Grundsätze näher betrachten, so müssen wir feststellen:

Das Reichsgericht geht bei der Frage der Einreihung der Tat in die Deliktsarten des § 1 ausschließlich vom ordentlichen Strafrahmen aus und versteht hierbei unter dem Begriff „Handlung" im Sinn des § 1 nicht die konkrete Handlung des Einzelfalles, sondern lediglich den vom Gesetzgeber geschaffenen Tatbestand. Genauso wie bei der Begriffsbestimmung der besonders schweren Fälle zeigt das Reichsgericht hier eine positivistisch formale Auslegungsweise, die vom nationalsozialistischen Standpunkt aus schärfste Verurteilung erfahren muß. Schäfer-Dohnanyi sagt mit Recht[26]):

„Eine solche Auslegung kann vom Standpunkt unseres heutigen Rechtsdenkens, das die Wesensschau und die konkrete Wertbezogenheit der Tat in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt, nicht gebilligt werden".

Wenn § 1 StGB. feststellt: Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen, dann ist unter „Handlung" nicht der nach einzelnen Merkmalen ganz genau festgelegte Tatbestand einer gesetzlichen Norm zu verstehen, sondern naturgemäß die im Einzelfall verwirklichte Tat. Das Strafgesetz ist nämlich nicht um seiner selbst willen da, sondern es ist Mittel zum Zweck. Um dies bildlich zu veranschaulichen sei folgendes aufgezeigt: Ursprünglich war das rein natürliche Zusammenleben einer Mehrheit von Menschen als Gemeinschaft. Das reibungslose, friedliche Zusammenleben wurde dadurch gestört, daß Glieder dieser Gemeinschaft sich durch Einzelhandlungen in Gegensatz zu den gemeinsamen Interessen stellten. Die natürliche selbstreinigende Kraft der Gemeinschaft hat dazu geführt, daß diese Erscheinungen als Untaten gebrandmarkt, gesühnt und nach Möglichkeit ausgeschaltet

26) Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935 S. 10.

wurden. Dadurch wurde allmählich eine gewohnheitsmäßige Straftechnik herausgearbeitet, die dann in paragraphierten Strafgesetzen ihren Niederschlag gefunden hat. In den Strafgesetzen wurden die verschiedensten Möglichkeiten asozialer Betätigung in einzelnen „Tatbeständen" normiert und mit Strafdrohungen versehen. Dabei wurden die Strafrahmen so bemessen, daß trotz Anwendung dieses Schemas jedem Einzelfall Rechnung getragen werden konnte. Diese Feststellung dessen, was Unrecht ist, erfolgte insbesondere wegen der infolge der fortschreitenden Entwicklung auf allen Lebensgebieten herbeigeführten Unübersichtlichkeit und im Interesse einer möglichst weitgehenden Rechtseinheit. Aber auch nach der Festlegung der einzelnen Tatbestände ergab sich infolge der auch darnach weiterschreitenden Entwicklung und des normativen Charakters des Gesetzes die Notwendigkeit, von Zeit zu Zeit weitere Straftatbestände, die bis dorthin unbekannt waren, in das Gesetz einzuflechten. Der Anlaß hierzu war immer der, daß eine Tat verübt wurde, die im Gesetz nicht vorgesehen war, obwohl sie nach dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes als strafwürdig erschien. So wurde nach und nach das Strafgesetz immer weiter ergänzt.

Aus dieser Entwicklung geht einwandrei hervor, daß ursprünglich und maßgebend für jede Gesetzesnorm immer die einzelne Tat war und daß nur im Interesse der Rechtseinheit und Sicherheit sowie wegen der Einfachheit der Rechtsanwendung gewisse gleichartige Verfehlungen zu Gruppen zusammengestellt und in Tatbeständen normiert, also schematisiert wurden. Diese Schematisierung ist aber nur Mittel zum Zweck. Nicht eine abstrakte Formel oder Norm ist mit Strafe bedroht, sondern die einzelne greifbare, sich in Widerspruch zu den Interessen der Gemeinschaft setzende Handlung.

Noch deutlicher tritt die hier vertretene Auffassung, daß als Handlung im Sinn des § 1 die Einzeltat und nicht der abstrakte Tatbestand einer Norm zu verstehen ist, in Erscheinung bei Betrachtung der Umstände, die zur Neu-

fassung des § 2 StGB. durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 28. 6. 35 geführt haben: Dem liberalen, positivistisch-formalistischen Geist der vornationalsozialistischen Zeit entsprach es, daß keine Tat gesühnt werden konnte, die nicht tatbestandsmäßig im Gesetz erfaßt und mit einer Strafdrohung geahndet war. Das Leben hat sich aber durch die Fortschritte auf allen Gebieten so vielseitig gestaltet, daß es unmöglich geworden ist, alle irgendwie möglichen Variationen menschlichen und natürlichen Geschehens tatbestandsmäßig zu erfassen. Dadurch ist immer öfter der Fall eingetreten, daß Handlungen, die dem Gemeinschaftsleben abträglich und nach dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes strafwürdig waren, deshalb nicht oder nicht so stark bestraft werden konnten, wie es eine gerechte Sühne erfordert hätte, weil kein normierter Tatbestand des Gesetzes auf den Einzelfall zutraf. Dazu kam, daß mit der Machtergreifung durch die NSDAP. am 30. Januar 1933 der Ausgangspunkt für die Rechtsbetrachtung ein vollkommen anderer geworden ist, als es vorher der Fall war. Während im Mittelpunkt der vom Strafgesetz gewahrten Interessen bis 1933 im großen und ganzen das Einzelwesen und seine Belange standen, wurde durch den Nationalsozialismus die Volksgemeinschaft als wertvollstes Schutzobjekt in den Vordergrund gestellt, wodurch sich noch mehr Lücken in dem bestehenden Strafnetz ergaben, sodaß es unumgänglich wurde das Verbot der Analogie im Strafrecht zu beseitigen und an dessen Stelle eine Vorschrift einzusetzen nach welcher auch solche Einzelhandlungen bestraft werden können, die nicht genau unter den Tatbestand einer Norm einzureihen sind.

Schon die Tatsache, daß es überhaupt erforderlich geworden ist eine Generalvorschrift aufzustellen, nach welcher alle nicht tatbestandsmäßig erfaßten Handlungen bestraft werden können, beweist, daß es nicht der normierte Tatbestand ist, der mit Strafe bedroht ist, sondern die einzelne konkrete Handlung. „Bedrohen" kann man ja auch nicht irgendwelche abstrakten Begriffe, sondern nur Menschen, die Anlaß dazu geben. In dem Augenblick, in

welchem der Einzelne über den ihm innerhalb der Gemeinschaft gebührenden Rahmen in die strafrechtliche Sphäre hinausgreift, droht ihm die Bestrafung, ist sein Handeln (oder Unterlassen) mit Strafe bedroht im Sinne des § 1 StGB. Daß auch der Gesetzgeber diese Auffassung vertritt, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2 n. F.: „Bestraft wird wer eine Tat begeht, die ..... Bestrafung verdient".

Somit ist der Hauptrückhalt für die Vergehenstheorie, nämlich die Rechtsprechung zu § 1 StGB. als nicht dem nationalsozialistischen Geist entsprechend abzulehnen.

Anders will das Reichsgericht die Frage der Einreihung in die drei Gruppen des § 1 beurteilen, „wenn der Gesetzgeber einen besonderen, von dem gewöhnlichen abweichenden Strafrahmen für den Fall zur Verfügung stellt, daß bei einer Straftat, die an sich die Merkmale eines bestimmten Tatbestands erfüllt, weitere besondere Tatbestandsmerkmale nachweisbar sind". Es ist richtig, daß die besonders schweren Fälle keine „neuen Tatbestandsmerkmale" schaffen.[27]) „Der Zweck der Strafverschärfung ist nicht, einen neuen strafrechtlichen Tatbestand zu schaffen, sondern die für denselben Tatbestand sonst geltende Strafdrohung beim Vorliegen besonderer Umstände, die in ihrer Gesamtheit die Eigenart des besonders schweren Falles begründen, zu verschärfen, den mit ihr bezweckten Strafschutz zu verstärken". Nicht ist aber einzusehen, warum die Bewertung einer Handlung davon abhängen soll, wie sie tatbestandsmäßig vom Gesetz erfaßt wird. Maßstab für die Bewertung einer Tat ist vielmehr, wie oben näher dargelegt wurde, die Volksgemeinschaft und der Grad, in welchem diese durch die Handlung beeinflußt wurde. Das Reichsgericht zeigt hier wiederum eine folmaljuristische Auslegungsweise und es kann bezüglich der Ablehnung dieser Auffassung auf die oben gemachten Darlegungen (S. 47 ff.) verwiesen werden.

---

27) Vgl. Spohr in DJ. 1934 S. 1052.

Schäfer-Dohnanyi[28]) kritisiert diese Auslegungsweise des Reichsgerichts folgendermaßen: „Zu welchen eigentümlichen Konsequenzen die formallogische Interpretation des § 1 StGB. durch das Reichsgericht und die herrschende Lehre führt, ergibt sich aus folgendem:

> Würde etwa beim Betrug oder bei der Untreue die Schädigung des Volkswohls nicht im Rahmen der besonders schweren Fälle, als Strafschärfungsgrund, sondern im „gesetzlichen Tatbestand" einer besonderen Vorschrift auftauchen (z. B. „Wer das Wohl des Volkes dadurch schädigt, daß . . .") und würde daran die Zuchthausstrafe geknüpft sein, so würde weder das Reichsgericht noch die Vertreter der herrschenden Lehre von ihrem Standpunkt aus den geringsten Zweifel daran haben können, daß die Schädigung des Volkswohls zu den Merkmalen des gesetzlichen Tatbestands gehöre und demgemäß diese Fälle des Betrugs oder der Untreue dem Verbrechensbegriff zuzuordnen seien, obgleich doch die Tat selbst in ihrem Wesen sich von den besonders schweren Fällen des geltenden Rechts in nichts unterschieden".

Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Unterscheidung von benannten und unbenannten Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründen als Kriterium für die Zuordnung der Handlung zu den Deliktsgruppen des § 1 StGB. abzulehnen ist.

Dem ist voll beizustimmen. Im übrigen verhalten sich die besonders schweren Fälle zum normalen Tatbestand nicht anders als die Rückfallverbrechen und die Fälle des § 20 a StGB. in der Fassung der Novelle vom 24. 11. 33 (RGBl. I 999). Beim Rückfall werden auch keine neuen Tatbestandsmerkmale aufgestellt, sondern lediglich deshalb, weil aus der wiederholten Betätigung in der gleichen strafrechtlichen Richtung auf eine besondere Intensität verbrecherischer Gesinnung geschlossen werden muß, wird eine Verbrechensstrafe angedroht und

28) Schäfer-Dohnanyi, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935 S. 8.

damit die Tat als „Verbrechen“ bewertet. Auch die Vorschrift des § 20 a StGB., die eine Strafschärfung für gewöhnliche Gewohnheitsverbrecher vorsieht und im Grunde nur eine Erweiterung des Rückfallgedankens enthält, ist ähnlich gelagert. In allen diesen Fällen — besonders schwere Fälle, Rückfall, Gewohnheitsverbrechen, zusätzliche Tatbestandsmerkmale — muß der Richter außer dem normalen Tatbestand noch andere Tatsachen feststellen, aus welchen die besondere Strafwürdigkeit des Täters hervorgeht. Das Reichsgericht gibt ja auch selbst zu, daß

„überhaupt den besonders schweren Fällen, dem Rückfall und dem § 20 a StGB. sicher das eine gemeinsam ist, daß sie sich als Strafbestimmungsgründe darstellen, die durch die Anknüpfung an tatbestandsmerkmalähnliche Voraussetzungen besonders ausgestattet worden sind und den Richter zur Anwendung eines schweren Strafrahmens zwingen“ [29]).

Der Grundgedanke ist also in all diesen Fällen der gleiche: Die Einzeltat wird, weil sie sich von der normalen Begehungsart infolge hinzutretender Sonderumstände oder besonderer Hartnäckigkeit des Täters beträchtlich abhebt, in ihrer Bezogenheit zum Volksganzen als Richtungspunkt und ersten Schutzobjekt schwerer eingeschätzt und bewertet. Die Bewertung findet ihren Niederschlag in der Strafdrohung, welche ihrerseits wieder maßgebend ist für die Einteilung in die Deliktsarten. Es kommt also nicht auf die Ausdrucksform an, die der Gesetzgeber zwecks Erreichung dieses Ziels gewählt hat, sondern auf den wahren Sinn und Zweck der Bestimmungen. Damit entfällt auch die Begründung des Reichsgerichts: weil der Gesetzgeber die besonders schweren Fälle nicht zu „Tatbestandsmerkmalen“ formuliert habe, könnten die für sie angedrohten Strafrahmen nicht maßgebend für die Einteilung in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen sein.

Auch die übrigen von der Rechtsprechung und der Literatur angeführten Gründe vermögen nicht zu einer Anerkennung der Vergehenstheorie führen. Wenn es

29) In RGSt. Bd. 68 S. 391.

auch nicht immer so sein wird, daß sich schon bei der Anklage übersehen läßt, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, so ist dies doch kein Grund eine als falsch erkannte Auffassung der Bequemlichkeit halber aufrecht zu erhalten. Es gibt auch andere Fälle, bei denen sich erst in der Hauptverhandlung herausstellt, daß eigentlich ein Verbrechen vorliegt z. B. wenn eine Straftat Gegenstand der Aburteilung ist, die zunächst nur Beleidigung zu sein scheint, sich später jedoch als Sittlichkeitsverbrechen herausstellt, oder wenn ein Vergehen gegen das Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Partei und Staat vom 20. 12. 34 nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung als Verbrechen gegen § 90 f. StGB. erscheint. Hier kann auch nicht gesagt werden: um das Verfahren von derartigen Unsicherheiten freizuhalten, sind die Sittlichkeitsverbrechen oder die Verbrechen gegen § 90 f. als „Vergehen" zu betrachten.

Hartung[30]) weist noch auf die Regelung der Fälle des § 53 MStGB. in § 24 GVG. hin. Diese Regelung spielt hier schon deshalb keine Rolle, weil nach § 53 MStGB. die Straferhöhung nicht über die betreffende Strafart hinausgehen darf. § 53 MStGB. lautet: „Wo dieses Gesetz eine erhöhte Freiheitsstrafe androht, kann sie das Doppelte der für das betreffende Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheitsstrafe erreichen; sie darf jedoch den gesetzlich zulässigen Höchstbetrag der zu verhängenden Strafart nicht übersteigen".

§ 24 Nr. 3 a GVG. bestimmt u. a., daß die Amtsgerichte zuständig sind für Verbrechen, die mit Zuchthaus von höchstens zehn Jahren bedroht sind und daß für die Bestimmung der angedrohten Strafe der § 53 MStGB. außer Betracht bleibt. Es handelt sich also immer um Straferhöhungen innerhalb ein und derselben Strafart und nicht um verschiedene Strafarten wie bei den besonders schweren Fällen, sodaß eine Willensäußerung des Gesetzgebers bezüglich der strafrechtlichen Natur der besonders

30) Bei Löwe-Rosenberg StPO. 19. Aufl. § 24 GVG. A 3 h β.

schweren Fälle aus dieser Regelung nicht entnommen werden kann.

zu (c): **Die gemischte Theorie.**

Sie wird insbesondere vertreten von Schäfer-Dohnanyi. Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935, Tübingen 1936, S. 8ff.; Schneidewin bei Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze 5. Aufl. Bd. II S. 879f. Anm. 10 und 14 zu § 1 Abs. 2 Rep. Sch. Ges. v. 25. 3. 30; Schäfer-Richter-Schafheutle, Strafgesetznovelle S. 21 Ziff. 17 Anm. 2; v. Spohr Deutsche Justiz 1934/1051 ff.; Becker Deutsche Justiz 1935/1188; Pfundtner-Neubert, Das neue Reichsrecht II c 6 S. 13.

Angedeutet ist dieser Standpunkt auch in RGSt. 60, 115, wo es heißt, daß ein Straftatbestand, für den in erster Linie Gefängnis, in besonders schweren Fällen aber Zuchthaus vorgesehen ist, jedenfalls nicht regelmäßig und notwendig als Verbrechen anzusehen ist. Eine klare Stellungnahme zu der hier zu entscheidenden Frage nach der strafrechtlichen Natur der besonders schweren Fälle enthält aber diese Entscheidung nicht, sodaß sie hier unbeachtet bleiben kann. Außerdem würde diese Entscheidung, wenn sie sich auf die gemischte Theorie festlegen würde, einen so krassen Einzelfall in der sonst diesbezüglich ziemlich einheitlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts zugunsten der Vergehenstheorie darstellen, daß sie nicht als Meinung des Reichsgerichts, sondern höchstens wegen ihrer sachlichen Begründung verwertet werden könnte.

Spohr[31]) sagt, der nationalsozialistische Gesetzgeber habe mehrfach zum Ausdruck gebracht, daß die besonders schweren Fälle „Verbrechen" sind, so zunächst in den Anmerkungen zu §§ 263 Abs. 4, 266 Abs. 2 StGB. in der Fassung der Novelle vom 26. 5. 33 bei Pfundtner-Neubert (Das neue Reichsrecht). Dort heißt es: „Die Vorschrift (über besonders schwere Fälle) bringt eine wesentliche

31) In DJ. 1934 S. 1051.

Strafschärfung für den Betrug. Sie beruht auf den Erfahrungen der letzten Zeit, die ergeben haben, daß die bisherigen Strafdrohungen zur nachdrücklichen Bekämpfung des Schiebertums nicht ausreichen. Die besonders schweren Fälle werden durch die Androhung der Zuchthausstrafe zu Verbrechen". Weiter führt Spohr aus: „Sodann ist ganz eindeutig in § 20a StGB. in der Fassung der Novelle vom 24. 11. 33 der Standpunkt zugrunde gelegt, daß die Fälle des § 20a Verbrechen im technischen Sinne sind". Er beruft sich dann auf Schäfer-Wagner-Schafheutle, welche im Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung 1934 S. 71 f. Anm. 61 zu § 20a StGB. den Willen des Gesetzgebers, die Fälle des § 20a als Verbrechen zu behandeln aus der Fassung dieses § entnimmt, daß die neue Tat auch ohne die Strafverschärfung ein Verbrechen wäre: „Die konjuktivische, irreale Sprachform „wäre" läßt erkennen, daß jede von der Strafschärfung erfaßte Tat des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers nach dem Willen des Gesetzgebers ein „Verbrechen" sein soll und „ist". Dies hat nach Spohr zum Ergebnis, daß die seit der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus in das Strafrecht eingeführten besonders schweren Fälle Verbrechen im technischen Sinne sind.

Schäfer-Dohnanyi begründet seine Ansicht wie folgt:

„Das Wesen der Tat und ihr Deliktscharakter verändert sich mit ihrer Bewertung. Wesentlicher Maßstab und Ausdruck dieser Bewertung ist die Strafdrohung. Droht der Gesetzgeber für besonders schwere Fälle Verbrechensstrafe an, so kann dieser Umstand auf die rechtliche Qualifizierung der Handlung nicht ohne Einfluß sein. Es wäre durchaus unzulässig anzunehmen, daß sich der einfache Betrug als „Handlung" von dem Betruge, der einen besonders schweren Fall darstellt, rechtlich nicht unterscheide. Ein solcher von den Wertbeziehungen, die den konkreten Tatbeständen imanent sind, abstrahierender Handlungsbegriff verdunkelt das Wesen der Tat . . . . . Die Gewohnheitsmäßigkeit, die Gewerbsmäßigkeit, die Ge-

schäftsmäßigkeit der Begehung, die Gewinnsucht, der Eigennutz, die Böswilligkeit, das Handeln wider besseres Wissen, die wollüstige Absicht sind nichts anderes als Erscheinungsformen eines ungewöhnlich starken und verwerflichen verbrecherischen Willens; der Verlust eines Gliedes als Folge einer Körperverletzung, die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, die Todesfolge bei Raub oder Brandstiftung, kurz alle erfolgsqualifizierten Delikte nichts anderes als Beispiele für besonders große Schäden, die die Tat zur Folge gehabt hat; der Raub oder der Diebstahl auf einer Straße oder zur Nachtzeit nichts anderes als besondere Umstände der Begehung, die die Tat als eine besonders strafwürdige erscheinen lassen. Daß die genannten Beispiele, seien es subjektive, seien es objektive, seien es normative Tatbestandsmerkmale, seien es sogenannte Modalitäten der Handlung — jedenfalls aber Elemente des gesetzlichen Tatbestands — darstellen, kann nicht zweifelhaft sein. Ein Wesensunterschied zwischen diesen „benannten" Strafschärfungsgründen und den Strafbestimmungsgründen der „Schädigung des Volkswohls", der „Herbeiführung eines besonders großen Schadens" und des „besonders arglistigen Handelns" läßt sich schlechterdings nicht finden. Er ist auch dort nicht vorhanden, wo das Gesetz lediglich den Begriff des „besonders schweren Falles" verwendet. Denn hier überläßt zwar der Gesetzgeber dem Richter die Bezeichnung der Umstände, die die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigen; er entbindet den Richter aber keinesfalls von der Pflicht, im Einzelnen die Merkmale festzustellen, aus denen auf die Besonderheit des Falles zu schließen ist. Diese Merkmale bestimmen den Deliktscharakter der Tat."

Diesen Ausführungen bei Schäfer-Dohnanyi muß voll und ganz beigepflichtet werden. Wenn man sich vor Augen hält, nach welchen Gesichtspunkten und zu welchem Zweck die Dreiteilung der Delikte vor sich gegangen ist und wenn man die Frage nach der strafrechtlichen Natur der besonders schweren Fälle nicht aus überlieferten, rein

konstruktiven Formen einer anderen Zeit, sondern aus einer natürlichen, lebensnahen und unvoreingenommenen Anschauung heraus zu beantworten sucht, dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß nur die „gemischte Theorie“ dem Wesen der besonders schweren Fälle gerecht wird. Die Einteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen ist nämlich nichts anderes, als eine Gruppierung nach Werten bzw. Unwerten. Dabei hat man einen Unterschied gemacht zwischen solchen Handlungen, die lediglich die Ruhe und Ordnung des Gemeinschaftsleben im polizeirechtlichen Sinn beeinträchtigen und solchen, die sich aus einer verbrecherischen Gesinnung heraus gegen den Bestand des Gemeinschaftsleben richten. Unter den Tätern der letzten Gruppe von Handlungen hat man dann weiter unterschieden solche, die sich so stark in Widerspruch zu den Gemeinschaftsinteressen gesetzt und einen so hohen Grad asozialer und verbrecherischer Gesinnung gezeigt haben, daß nur ihr Ausschluß aus der Gemeinschaft oder doch eine äußerst harte und einschneidende Bestrafung die Gesamtheit vor solchen Elementen sichert und die verübte Tat sühnt und solchen, die wegen des weniger starken Grades verwerflichen Willens nach Verbüßung einer verhältnismäßig leichteren Strafe wieder in die Gemeinschaft zurückgeführt werden können. Diese Wertung kommt zum Ausdruck durch die Androhung verschiedener Strafarten, welch letztere nach § 1 StGB. wiederum maßgebend sind für die Einteilung der Straftaten in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, sodaß aus der strafrechtlichen Natur einer Handlung bzw. aus der für sie angedrohten Strafart die Wertung hervorgeht, welche diese Tat in der herrschenden Rechtsordnung erfährt.

Dadurch, daß der Gesetzgeber eine Einzelhandlung mit einer der drei Strafarten Zuchthaus (Tod), Gefängnis (Geldstrafe), Haft (Geldstrafe bis zu 150 RM.) belegt, bewertet er sie. Hält er demnach eine Tat für zuchthauswürdig, dann kommt dadurch zum Ausdruck, daß der Täter in die Gruppe gehört, die sich so stark in Widerspruch zu den Gemeinschaftsinteressen gesetzt und einen so un-

gewöhnlich hohen Grad asozialer und verbrecherischer Gesinnung gezeigt hat, daß nur sein Ausschluß aus der Gemeinschaft oder doch eine äußerst harte und einschneidende Bestrafung die gerechte Sühne darstellt und die Gemeinschaft vor solchen Elementen sichert. Mit anderen Worten: wenn der Gesetzgeber für besonders schwere Fälle Zuchthausstrafe androht, dann werden die Täter dieser Handlungen gleichgestellt mit den übrigen „Verbrechern" und es wäre vollkommen unverständlich und würde auch dem gesunden Volksempfinden widersprechen, wenn zwei Zuchthäusler, von denen der eine wegen Falschmünzerei (§ 146 StGB.), der andere wegen Veruntreuung von Volksvermögen in einem besonders schweren Fall (§ 266 Abs. 2 StGB.) je zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt ist, rechtlich verschieden qualifiziert würden. Das geschieht aber, wenn behauptet wird, daß der Täter der Veruntreuung in einem besonders schweren Fall nur ein „Vergehen", der Münzfälscher dagegen ein „Verbrechen" begangen habe. Es kann hier nicht eingewendet werden, daß das lediglich ein Unterschied im Ausdruck sei, denn mit den verschiedenen Ausdrücken sind verschiedene Folgen verknüpft: Der Täter eines „Verbrechens" wird anders, strenger behandelt als der Täter eines „Vergehens".

Schon zu Beginn dieses Abschnittes (S. 20) wurde darauf hingewiesen, daß nach der hier vertretenen Ansicht bei besonders schweren Fällen mit Zuchthausstrafe der Versuch strafbar ist, die Verjährungsfrist für die Strafverfolgung länger läuft, Untersuchungshaft ohne Begründung des Fluchtverdachts angeordnet werden kann usw., daß also weittragende nachteilige Folgen für den Täter daraus entstehen. Der Eintritt dieser Folgen ist aber nur zu begrüßen und vom Gesetzgeber auch gewollt. Das ergibt sich ohne weiteres aus einer Betrachtung der Beweggründe, die zu diesen Bestimmungen geführt haben.

Nach § 43 StGB. wird der Versuch eines Verbrechens stets, der Versuch eines Vergehens dagegen nur dann bestraft, wenn es besonders bestimmt ist. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß die Betätigung

verbrecherischen Willens ohne Rücksicht auf den Eintritt des bezweckten Erfolgs dann bestraft wird, wenn es sich um eine Tat handelt, die in erhöhtem Maße verwerflich und für die Volksgemeinschaft gefährlich ist. Dies ist der Fall bei allen vom Gesetzgeber als zuchthauswürdig bewerteten Straftaten (Verbrechen) und bei denjenigen Vergehen, die im Einzelfall einen gewissen Grad asozialer Gesinnung voraussetzen. Nun ist z. B. bei der Untreue in besonders schweren Fällen nicht bestimmt, daß der Versuch strafbar ist. Wäre diese besonders schwere Untreue ein Vergehen, dann würde sie also zu denjenigen Straftaten gehören, die nicht in so hohem Maße verwerflich und damit strafwürdig sind, als daß auch bei Nichteintritt des Erfolgs eine Bestrafung geboten erschiene. Der Gesetzgeber hat aber gerade durch den Abs. 2 des § 266 StGB. zum Ausdruck gebracht (und zwar in einer Zeit, in der Koruptionsprozesse in so erheblichem Maße aufgetaucht sind, daß wirklich das Volkswohl in Gefahr stand), daß er im Unterschied zu der gewöhnlichen mit Gefängnis bedrohten Untreue die gegen das Volkswohl gerichtete oder besonders arglistig aufgezogene Untreue in erhöhtem Maße verwerflich erachtet, weil ihr eine besonders starke asoziale Gesinnung und ein äußerst starker verbrecherischer Wille zugrunde liegt. Er kann doch nicht gleichzeitig dieselben Handlungen zu den Straftaten rechnen, die für die Volksgemeinschaft weniger abträglich und deshalb nicht so sehr strafwürdig sind, was aber dadurch geschehen würde, daß der Versuch als nicht strafbar und damit das Delikt trotz Androhung von Zuchthausstrafe als „Vergehen" bewertet würde.

Der Gesetzgeber hat dies bei der Formulierung berücksichtigt: Er hat nämlich bei allen Vergehen, deren Versuch strafbar ist und deren Tatbestand jetzt auch in besonders schweren Fällen unter Verwirkung von Zuchthausstrafe verwirklicht werden kann, die Bestimmung über die Strafbarkeit des Versuchs zwischen den Vergehenstatbestand und die Strafdrohung für besonders schwere Fälle gesetzt, sodaß schon nach der Fassung des Gesetz-

zestextes die Frage nach der strafrechtlichen Natur der besonders schweren Fälle zugunsten der gemischten Theorie entschieden werden muß[32]). Besonders deutlich zeigt dies § 315 Abs. 2 n. F.: wenn nämlich der Gesetzgeber den besonders schweren Fall der Straßenbahnbetriebsgefährdung als „Vergehen" bewertet wissen wollte, dann hätte er ganz bestimmt die Strafbarkeitsbestimmung des Versuchs am Schluß des Abs. 2 und nicht in der Mitte gebracht. Wollte er nicht dadurch die Verbrechenseigenschaft der besonders schweren Fälle zum Ausdruck bringen, dann wäre das Auseinanderreißen des Vergehenstatbestandes und der Strafdrohung für besonders schwere Fälle unverständlich.

Auch aus der Regelung der Strafverfolgungsverjährung ist ersichtlich, daß der Gesetzgeber seine Bewertung der Delikte in den Strafdrohungen und der Einteilung in die drei Gruppen des § 1 StGB. zum Ausdruck gebracht hat und daß demnach die mit Zuchthaus bedrohten besonders schweren Fälle Verbrechen im engeren Sinne sind. Der Erfahrungssatz, daß Zeitablauf Wunden heilt, sowie die Erwägung, daß das friedliche Zusammenleben eines Volkes nicht gerade dadurch gefördert wird, daß schon sehr weit zurückliegende, längst vergessene Verfehlungen an den Tag gezerrt und abgeurteilt werden, endlich die Tatsache, daß die Beweismöglichkeit nach so langer Zeit sehr in Frage gestellt ist (nach liberaler Auffassung auch noch das psychologische Moment, der Täter solle nicht ewig von dem Gedanken gequält werden, seine Tat könnte aufgedeckt werden), haben zu der Einrichtung der Strafverfolgungsverjährung geführt. Dabei war für die Festsetzung der Verjährungsfristen die Erfahrung maßgebend, daß kleinere Verfehlungen viel schneller vergessen sind als solche Straftaten, die aus einem sehr starken verbrecherischen und verwerflichen Willen heraus entstanden sind. Naturgemäß ist bei den letzteren das Verlangen nach Sühne für die Untat ein viel stärkeres, flacht demnach auch weniger rasch ab, als bei den ersteren. Dem-

32) Vgl. §§ 141, 141 a, 143a, 263 StGB.

entsprechend bestimmt § 67 StGB., daß Verbrechen, die mit dem Tode oder lebenslänglichen Zuchthaus bedroht sind in 20 Jahren, wenn sie im Höchstbetrag mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind in 15 Jahren und wenn die Strafdrohung unter zehn Jahren ist, in 10 Jahren verjähren.

Vergehen verjähren in 5 und wenn die Strafdrohung unter drei Monaten Gefängnis bleibt, in 3 Jahren und Uebertretungen in drei Monaten. Gerade diese Abstufung der Fristen nach der Höhe der Strafdrohung zeigt deutlich, daß der Gesetzgeber die Bewertung der Straftaten in der hier vertretenen Richtung vorgenommen hat.

Wenn nun der Gesetzgeber des dritten Reiches die Volksgemeinschaft und das Wohl des Volkes als hauptsächlichstes Schutzobjekt in den Vordergrund stellt und dementsprechend die Schädigung des Volkswohls durch eine an sich ein Vergehen darstellende strafbare Handlung aus dem Rahmen der Strafnorm wesentlich heraushebt und mit Zuchthaus bedroht und damit kundgibt, daß derjenige, der sich am Volksvermögen vergreift, ein Täter ist mit einer viel stärkeren verbrecherischen und verwerflichen Gesinnung als der „einfache Betrüger" (§ 263 Abs. 1 StGB.), dann reiht er damit den mit Zuchthaus bedrohten besonders schweren Fall in die Gruppe der Straftaten ein, bei denen das Verlangen nach Sühne ein viel stärkeres und weniger rasch abflachendes ist, als bei den kleineren Verfehlungen, also in die Gruppe „Verbrechen". Einem unvoreingenommenen Mann aus dem Volke würde es sehr merkwürdig vorkommen, wenn ihm gesagt würde, daß ein Amtsträger der Partei, der riesige Summen Wohlfahrtsgelder veruntreut hat, schon nach fünf Jahren wegen dieser Tat nicht mehr verfolgt werden kann, während der Münzfälscher, der vielleicht nur einige Falschgeldstücke angefertigt und sie noch gar nicht in Verkehr gebracht hat, auch noch bis zu fünfzehn Jahren nach Begehung der Tat bestraft werden kann.

Aus diesen Erwägungen geht hervor, daß die Folgen, die sich in materiellrechtlicher Hinsicht aus einer

Bewertung der besonders schweren Fälle als Verbrechen ergeben, nicht als Beweis gegen die Verbrechensnatur der besonders schweren Fälle angezogen werden können, wie es das Reichsgericht tut, sondern daß es im Gegenteil nur folgerichtig ist, wenn sich an die Straftaten, welche der Gesetzgeber wegen ihrer besonderen Verwerflichkeit aus dem Rahmen der Vergehen heraushebt und in die Verbrechen einreiht, auch diejenigen rechtlichen Folgerungen anschließen, die auch sonst für die gleichqualifizierten Straftaten (Verbrechen) Anwendung finden.